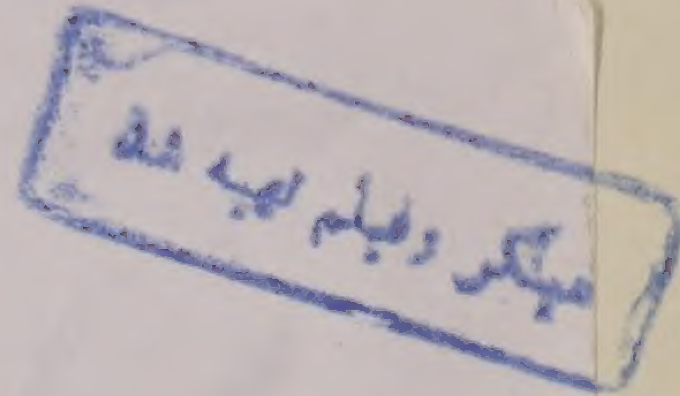
خانم ه
غاية المراد في شرح
نكت الارشاد





نام کتاب شرح کتابی در فقه امامیه *

مؤلف متن علامهٔ حلی محشی

شارح شهید اول مترجم

تاریخ تحریر نوع خط نسخ تعداد سطر ۲۰

جزء کتب فقه زبان عربی عدد اوراق ۷۸

طول ۲۰/۷ عرض ۱۵/۸ شماره عمومی ۲۳۹۰۲

وقفی / خریداری آستان مبارک تاریخ وقف / خریداری فروردین ۱۳۷۱

ملاحظات بدون جلد، ناقص الطرفین، کاغذ نخودی، غالباً رنگ شده،

* تحقیق آن با ذریعه بعد

اقول انما لزمه خمسه وهكذا الى الواحد لزمه خمسه الا تسعه الا ثمانيه فان له علي عشره
لزمه خمسه لما تقرر من ان الاستثنا المتكرر بغير حرف العطف اذا كان انقص
من الاول استثنى منه بقدره لما علم من ان الاستثنا من الاثبات نفي منه
ومن النفي اثبات فبقوله الا تسعه نفي اللازم واحدا من العشره وبالثاني
عادت ثمانيه الى الواحد فصارت تسعه وبالثالث نفي من المستثنى
منه اثنان لا ثمانيه وبالرابع صار ثمانيه وبالخامس نفي منه ثلثه وبا
لسادس صار تسعه وبالسابع نفي الاربعه وبالثامن صار ستة
وبالتاسع نفي خمسه وضابطه ان تخرج الجمل المثبته وتنظر قدرها
وتجمع الجمل المنفيه فليسقط قدرها من المثبته فالباقي هو المقر به ضروره
له مجموع المنفيات من مستثنى من مجموع المثبتات وهو عكس في هذه
الصوره بان قال له علي عشره الا واحدا الا اثنين الا ثلثه وهكذا الى
التسعه لزمه واحد لان بالاول لزمه تسعه والثاني سبعه وبالثا لث
اربعه وهذه الثلثه كالمنفيات اذ ليس للثاني منها انقص من الاول
ومجموعها ستا فبالرابع اثبت منها اربعه فصارت كجملة واحده فصار المقر
به وبالخامس نفي ثلثه وبالسادس صار تسعه وبالسابع نفي اثنان
وبالثامن كمل عشره وبالتاسع نفي منه واحد وضابطه كالاول بان
تاخذ الجمل الثلث الاول وقدرها ستة وتضيفها الى الخمسه والسبعه
والتسعه تكمل سبعه وعشرين هي الجمل المنفيه وتاخذ الاربعه والسته
والثمانيه والعشره وقدرها ثمانيه وعشرون وهي المثبته فيسقط
منها المنفيات فيبقى واحد وهو الحق الثاني بالاول بان قال له علي عشره

الا تسعه لا ثمانيه فلما انتهى الى الواحد وصله بقوله الا اثنين الا ثلثه الى
ان عاد الى التسعه فيكون قد ذكر كل جمله مرتين كان اللازم واحدة
والتعريف كما تقدم وايضا يبطل ذلك بضم الاثنين الى الثلثين والثلثه الى
الخمسه والعشرين فعلى هذا يكون المثبتات خمسين والمنفيات فيها
تسعه واربعين يبقى واحد وهو المطلوب قوله وللوكالة وللحاضر ان
يوكل في الطلاق كالغائب على راى اقول هذا مذهب ابن ادريس والشيخ
نجم الدين لانه فعل قابل للنيابه فجاز دخولها فيه ولان التوكيل
جائز مع نصب الحكمين فكذا هنا قال ابن ادريس مدعيا للاجماع
ويشكل بان المانع ان يلتزم ببطلانه الا مع ثبوت الاجماع او مع غيبة
الزوج ولعموم صحيح سعيد الاعرج عن الصادق ع في رجل يجعل
امر امرأته الى   فقال اشهد واني قد جعلت امر فلانه فيطلقها
ايجوز ذلك للرجل قال نعم وانما جعلناها عامة لعدم السؤال عن
محتملات اللفظ وذهب الشيخ وابو الصلاح والقاضي الى المنع من توكيل
الحاضر استثناء فلان الطلاق بيد من اخذ بالساق فلما خص الغائب
بدليل فليخص الحاضر على ان كونه بيده بيد لا على انه لا يتصرف فيه
وهو اعم من ان يكون مباشره او استنابه ولما رواه عن الصادق
عليه السلام قال لا يجوز الوكالة في الطلاق فيحمل على الحاضر جمعا بين الروايات
والروايه ضعيفه مع قصورها ومتنا فانها للاصل قوله والطلاق
وان كان الزوج حاضرا على راى او كان الوكيل فيه الزوجه على راى
اقول ان الوكالة في الطلاق صحيحه لانه فعل لا يتعلق غرض الشارع

بايقاعه

بايقاعه من معين وهو مذهب الاكثر ونقل عن شذاذ انه لا يجوز منهم ابن
سماعه عملا برواية زراره المتقدمه ومن لم اعليه رد المسئلة ليذكر
اصل الوكالة في الطلاق والروايه معارضه بالاخرى وهي اصح طريقا
ثم ذكر مسئلة اخرى والحكم المحكي خالف فيه الشيخ وابن ادريس اذ لا
يعقل مغايرتها لنفسها وفي ما بينه بين المطلق والمطلقه والحق الجواز
لا للتخيير التي صوله بنساه فانه من خواصه بل لانه فعل قابل للنيابه
ومحل كان لك فجاز كما لو وكل غيرها من النساء ولو وكلت في طلاق غيرها
قوله رحمه الله وفي صحة التوكيل باثبات اليد على المباحات كالاصطياد
اشكال وكذا الاشكال في التوكيل في الاقرار ولا يقتضي ذلك اقرارا اقول اما وجه
الاشكال الاول فلانه عمل مقصود محلل لا يجوز الوكالة فيه ومن ان الوكيل هو
باثبات يده عليه لا دخل في ملكه فلا ينصور حوان التوكيل فيه وهذا من
الشيخ وابن ادريس الا في احياء الموات فانه يجوز عندهما والفرق عسر ومن
عمن احيا ارضا ميتة فهي له يدل على تملك المحيي مطلقا وقيل ان التوكيل
في المباحات وجواز الاستيجار يبتني على ان المباحات هل تملك بالنيه
او بمجرد الحيازه فعلى الاول يجوز لا الثاني واما وجه الاشكال في الثاني
فانه لا يتحقق الاقرار الا بالاخبار بالانسان عن نفسه وهنا اخبار عن
الغير فلا يكون اقرارا وانما هو شهاده ومن الاصل فان فعل الوكيل فعل الموكل
والاخبار بالحق اخبار عنه ولانه قول ملزم حقا فهو كالبيع والثاني مذهب
الشيخ في الخلاف واستدل عليه بانه لا مانع منه والاصل جوازه وبقوله ع
المؤمنون عند شروطهم ولاجماع الصحابه المبسوط ثم ان المصنف حكم

بان توكيله في الاقرار ليس اقرارا للمغايرة بينهما فان التوكيل انشا والاقرار
اخبار ولان التوكيل في الشي لو كان مثبتا له لزم كون التوكيل في البيع بيعا
وللتنافي لوازم الانشا والاخبار لا يجوز احتمال اللفظ الواحد لهما
وذلك لان الانشا لا يحتمل الصدق والكذب بخلاف الاخبار والانشا
يحصل لمقتضاه والاخبار تقرير لمقتضاه ولان الخبر يستلزم الزمان
بخلاف الانشا ويحتمل كونه اقرارا بالتضمن الاقرار اذ هو يتضمن
الاخبار ان عليه حقا وهو معنى الاقرار وحكى الوجهين الشيخ في المبسوط
قوله رحمه الله والاطلاق يقتضي البيع بثمن المثل وتسويغ البيع على ولده
او زوجته لا على نفسه الا مع الاذن فيجوز ح ان يتولى طرفي العقد على راي
اقول الخلاف يقع هنا في موضعين احدهما انه هل يدخل الوكيل في اطلاق
الاذن ام لا وجهان المنع وهو مختار المبسوط والخلاف وابن الجنيد وابن
ادريس ونجم الدين وحكم بحسنه صح بن الجنيد والشيخ والحق الشيخ ولده
اذ الاطلاق مفهومه البيع على غيره ولا مغايرة بين الشخص ونفسه وذهب
ابو الصلاح وظاهر كلامه وتبعه المصنف في المختلف الى الجواز وان لم
ياذن لفضيلة الاصل ولان المقصود المعاوضة وهي حاصلة ولجوازه
للاب والجد وثانيهما اذا مع اذنه هل يصح العقد ام لا ذهب الشيخ وابن
ادريس وكثير من الاصحاب المنع لخوف التهمة ولانه يلزم كونه موجبا
قابلا ولان تشترط اللزوم التفرق وهو لا يحصل بين الشخص ونفسه
وذهب الشيخ نجم الدين والمصنف الى الجواز لاصالته ولجوازه في الاب والجد
وكذا في الوكيل وما ذكروه وارد في الاب والجد ويجوز كون المشتري موجبا

قابلا

٣

فيهما على اشكال **اقول** يريد بقوله فيهما اي في المكيل والموزون ووجه
الاكتفا من الاصالة صحة العقد وزوال معظم الغرر بالمشاهدة ووجه
عدمه انهما معاملة يجب فيهما بالعوض والبيع والمشاهدة لا تزيل الغرر لان
الشارع انما قدر ذلك بالكيل او الوزن مع علمه بحصول المشاهدة وبالجملة اذا كان المدار
على الغرر احتيج الى تفسيره قال الجوهري الغرر الخطر ونهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر
وهو بيع السمك في الما والطير في الهوا قلت الحديث ورد في البيع والاجارة محمولة
عليه اما عند بعض العامة فلانها بيع واما عندنا فلا ينافي الامر طريق الاتحاد
المسلمين وحينئذ هل يشترط انتفا حقيقته المنظر او يكفي انتفا معظمه
وعليه يتفرع القولين على ما ذكروه فالاول مذهب الشيخ في ط واستحسنه
نجم الدين والثاني مذهب ابن ادريس وهو مفهوم من كلام النهاية **قوله**
رحمه الله ويجوز ان يوجر ما استاجره او بعضه باكثر مما استاجره
ولا يجوز باكثر منه مع التساوي جنسا الا ان يحدث حدثا او يقبل
غيره بانقص فيما يقبل بعمله لا مع الحدث على راي **اقول** اي لا يجوز ان
يقبل غيره بانقص مما تقبل بعمله الا ان يحدث حدثا والخلاف هنا في مسئلتين الاولى
هل يجوز ان يوجر الشي باكثر مما استاجره مع عدم الحدث منع منه الصدوق
والشيخ وابو الصلاح والقاضي في المهذب لانه ربا ولما رواه الحلبي في الحسن عن
الصادق عليه السلام في الرجل يستاجر الدار ثم يوجرها باكثر مما استاجرها به قال لا يصلح
ذلك الا ان يحدث فيها شيئا وبحذف رواية ابي بصير قال قال ابو عبد الله عليه السلام اني
لاكره ان استاجر رحا وحدها ثم اوجرها بمثل ما استاجرتها الا ان يحدث فيها
حدثا او يغرم فيها غرامة وقال سلار وسديد الدين بالكراهية واختاره المصنف

الكليني

في المختلف للاصل لانه ملك المنفعة فصحت المعلوم المطلقة عليها لتسلط الانسان
على ماله والربا ممنوع لعدم صدق حده اعني المعاوضة على المتقدرين مع
الزيادة عينا او حكما فان العوض ليس الا على المنفعة لا على مال الاجارة اذ
مال الاجارة ليس ملكا للمعوض ولما رواه الحلبي في الحسن عن الصادق عم
في الرجل يستاجر الارض ثم يواجرها باكثر مما استاجرها فقال لا باس ان
هذا ليس كالحانوت والاجير ان فضل الحانوت والاجير حرام واعلم ان
روايات اصحابنا دالة على المنع في البيت والدار والاجير لا على المنع في غيرها
فينبغي الاقتصار على مورد المنع وهو ظاهر نجم الدين في الشرايع حيث
عد الثلثة خاصة وهو حسن **الثانية** اذا تقبل عملا بعشرة مثلا هل
يجوز ان يقبل غيره بانقص منع منه الشيخ رحمه نجم الدين بما رواه ابو
حمزة عن الباقر عم قال سالته عن الرجل يتقبل العمل فيقطعه ويعطيه من يخيطه
ويستفضل قال لا باس قد عمل فيه وهي دالة بمفهومها على المراد وما رواه
الشيخ في التهذيب باسناده الى علي بن الصايغ قال قلت لابي عبد الله عم
اتقبل العمل ثم اقبله من غلمان يعملون معي بالثلثين فقال لا يصلح ذلك الا ان يعالج معهم فيه
قلت فاني اذيبه لهم فقال ذلك عمل فقال لا باس واعلم ان المسئلة مفروضة في الاجارة
المطلقة بالتسليم لصحيح علي بن جعفر عن اخيه عم في عدم ضمان الدابة المستاجرة
بالتسليم الى الغير وصورة النزاع اولى فان عين العامل فلا بحث في المنع والضمان ولو
سلم العين ولا ضمان في المطلقة وابن ادريس اوجب الضمان وابن الجنيد نفي الضمان
ان سلم الى العين **قوله** رحمه الله ولو منعه الموجر سقطت والاقرب جواز المطالبة
بالتفاوت **اقول** يريد لو كانت اجرة المثل والحال هذه اكثر من المسمى فللمستاجر مطالبة

المالك

المالك بالزايد ايضا على الاقرب لاستقرار ملك المستاجر للمنفعة وتعدي المالك
فجرى مجرى ما لو منعه اجنبي ويحتمل ضعيفا عدم جواز مطالبته بالزايد
لانه لما امتنع من تسليمها جرى مجرى التالف فكما انه مع التلف ليس له الا الاجرة
المسماة فكذا هنا ولان القبض شرط في استمرار الصحة لحصول ضدها
عند عدمه في التلف فاذا انتفى انتفت فكان له المسمى واستدل بانه
لو ضمن الموجر ولم يسقط حقه من مال الاجارة لكان مع اتلافه للمنفعة
مطالبا ببدلها فيجتمع له بين البدل والمبدل وانه محال وهو مغالطة
لانه يطالب مع ذلك ببذل الاخر للمنفعة فلم يجتمعا له كاتلاف البايع على المبيع
في الاصح قبل القبض وجنايته على عينه المرجوع فيها بالافلاس قبل الرجوع
فان كل منهما مطالب ثم ان المص نور الله رمسه في القواعد جوز للمستاجر
الفسخ ايضا بصريح اللفظ وهو ظاهر كلامه هنا لانه تعذر عليه المبدل
قبله الانتقال الى البدل **قوله** رحمه الله ولا بالموت من الموجر والمستاجر على
راي **اقول** للاصحاب في بطلان الاجارة وعدمه بالموت ثلثة اقوال
انها لا تبطل بموت ايهما كان كاختيار المص وهو مذهب ابي الصلاح
ونجم الدين وابن ادريس ونقله عن المرتضى في المسائل من الناصريات قال
المص وليس فيه تصريح بمطلوبه بل هو دال على ان موت المستاجر لا يبطل
لانه قال في العمرى يورثون المنافع كما يورثون الاجارة قلت القايل ابن ادريس
نظر الى القول الرابع لم يقل به احد فان كل من لم يبطلها بموت المستاجر
لم يبطلها بموت الموجر اما عكسه فقد قيل به احتجوا بان عقدها ناقل
للمنفعة الى المستاجر والاجرة الى الموجر فيكون ما كان لكل منهما للورثة

لعموم الآية واصالة بقاء ما كان على ما كان ولرواية علي بن يقطين قال سألت ابا
عبد الله (الحسن) ع عن الرجل يتكارى من الرجل البيت او السفينة سنة او
اكثر او اقل قال الكراء لازم له الى الوقت الذي تكارا اليه ومثله ما رواه
محمد بن سهل عن ابي الحسن ع في الرجل يتكارى من الرجل البيت او السفينة
سنة او اقل قال كراؤه لازم الى الوقت الذي تكارا اليه واللزوم
اعم منه في الحياة والممات بالنسبة اليهما ب انها تبطل بموت ايهما كان
وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن البراج وابن حمزة محتجين بالاجماع ولان
المستاجر دخل على استيفاء المنفعة من عين المؤجر فلا يستوفيها من ملك
غيره واطلق الشيخ في النهاية والمفيد وسلار البطلان بالموت ج
انها تبطل بموت المستاجر لا المؤجر وهو الذي نقله الشيخ في الخلاف عن بعض
اصحابنا ونسبه الى السيد وفي المبسوط جعله هو الظاهر عندهم
وقال ابن الجنيد ولو مات المستاجر قام وارثه مقامه وهو ظاهر من
كلام المرتضى على ما تقدم ثم ان المصنف استدرك البطلان بموت المؤجر
اذا كان وقفا وزاد ح اذا لم يكن ناظرا وهو في الحقيقة غير المتنازع
لان الاول في معنى انقضاء المدة والثاني في معنى النائب قوله رحمه
الله ولا يرجع العبد بما بعد العتق ونفقته على مولاه على اشكال اقول
يريد لو آجر عبده ثم اعتقه فان الاجارة لا تبطل لثبوتها حالة الملك ولا
يرجع العبد بما بعد العتق على حدة لانتقال ملك المنافع الى المستاجر وثبوت
ملكه عليها وثبوت ملك المؤجر على مال الاجارة ولاصالة براءة الذمة ولان
السيد انما ملكه نفسه مسلوب المنفعة فكان كما لو شرط عليه الخدمة

وقتا معلوما

وقتا معلوما وحكى الشيخ في المبسوط اشكالا وابن ادريس قوى الرجوع على السيد
وعدمه ويمكن رجوع الاشكال الى ما ذكرناه وقد بين وجه الاحتمال الاقوى
منه ويحتمل جواز الرجوع على السيد لانا بينا دخول هذه المدة في ملكه
فيضمنها له للحيلولة واما وجه الاشكال في وجوب النفقة على مولاه
فلانه بالعتق خرج عن ضد المقتضي لوجوب الانفاق فيزول الوجوب ومن انه
اشترى في عوض منافعه ولا سبيل الى وجوب الانفاق على المستاجر لعدم ايجاب النفقة عليه بجارة
النفقة عليه ولا يمين ولا يمكن العبد تحصيلها للاستغراق وفيها فلم يبق الا الوجوب
على السيد ويحتمل ان يكون نفقته في بيت المال قوله رحمه الله ولو باع
على المستاجر صح والاقرب بطلان الاجارة على اشكال اقول ينشأ من احتمال
المنافاة الاجارة والبيع اذ البيع وارد على محلها ضرورة تبعية المنفعة
للعين المملوكة بالبيع ولا يمكن بقاء الاجارة على المعلول الشخصي على انه
كما لا يمكن الجمع بين الملك والنكاح ومن ان البيع وان اقتضى ملك المنفعة
الا انه هنا مختلف لمانع وهو سبق ملكها لمجري مجرى ما لو باع على اجنبي ه
والاقرب عند المص هنا على ما يلوح من كلامه الاول لان ملك الرقبة مقتض
لحدوث المنافع على ملكه بالتبعية فاذا ملكت المنافع لم يبق عليها عقد
اجارة وقرب في القواعد الثاني لان اجزاء المنفعة فيجري مجرى الثمرة غير
المؤبرة المتقدم ملكها على ملك الاصل فانه لولا التقدم لاقتضا ثبوتها
ملك الاصل والتمثيل بالنكاح ثم الملك منظور فيه لان مورد البيع وان
كان الرقبة في الموضعين الا انه في النكاح اقوى ولهذا يجوز للسيد حبس
الامة المزوجة نهارا وله قبض الصداق بخلاف الاجارة ومن فرق غصب

البضع بالزنا او وطيت بالشبهة كان الرهن للسيد بخلاف غصب منفعة
العين المستاجرة فانه للمستاجر قوله رحمه الله في المزارعة وقول المالك
في عدم العارية فيثبت الاجرة مع يمين الزارع على انتفاء الحصة والوجه
الاول اقول هنا دعويان فيتحالفان وقيل يقرع بينهما وعلى تقدير التحالف
يثبت للمالك اجرة المثل والوجه انه يلزمه اقل الامرين من مدعاه ومن
اجرة المثل اما اذا كانت اقل فظاهر لان الثابت له في الظاهر واما اذا
كان المدعى اقل فانه يعترف بانه لا حق له عنده سواه والزائد ظلم قوله
رحمه الله في المساقاة وفي التوت والحنا نظر اقول في جواز المساقاة
على التوت والحنا وما له ورق ينتفع به نظر منشاه النظر الى اصالة الجواز
ولان المقصود بالمساقاة هو حصول الفائدة بها للعامل والمالك وهي
موجودة هنا والالتفات الى ان الاصل بقاء الملك على مالكه الا بما يتحقق
خروجه به عنه ولم يعلم نسوى الثمار فيبقى ما عداها على الاصل ولانها
معاملة على مجهول فيصح في موضع الاجماع وهو مذهب الشيخ في ط ولعل
الاقرب الاول وفي حكمه ما يقصد ورده قوله رحمه الله في السبق والرماية
فان اكتفينا بالايجاب فهو جائز والا فلازم اقول اختلف اصحابنا
في لزوم عقد السبق والرماية وجوازه فالذي اختاره الشيخ في ط
والخلاف انها عقد لازم كالجعالة واختاره المص في القواعد
والمختلف ولانه بصيغة الجعالة اذ يقول من سبق فله كذا وذهب
ابن ادريس الى انهما عقد لازم لقوله تع اوفوا بالعقود وعلى القول
بلزومها لا بد فيه من القبول الحاقا لها بالعقدين ومنشا الخلاف انها

عقد يتضمن عوضا على عمل وهو منطبق على كل من العقدين لما ثبت انها مشتملة
على اشتراط العوض وعلى جواز انضمام العامل في السبق وعلى ما لا يعلم حصوله
من العامل وعلى جوازه بذل الاجنبي وبعض هذه من خواص الاجارة وبعضها
من خواص الجعالة نعم ان كان العوض من العامل فهي في قوة عقدي اجارة
او عقدي جعالة قوله رحمه الله وجعل العوض لهما او للمحلل او
اجنبي على اشكال اقول الاشكال انما هو في جعله للاجنبي ومنشاؤه من
ان موضوع هذا العقد جعل السبق لاحدهما او للمحلل اذ المقصود به التحريض وهو
لا يتم الا بجلب النفع الى نفسه ليشتد حرصه ولانه رهان فيقتصر فيه على
المتفق عليه وهو مذهب نجم الدين والمصنف في كتبه وظاهر مذهب الشيخ
في آخر كتاب السبق من المبسوط ومن انه يشترط ادخاله على انفسهما فيكون
جائزا لقوله عم المؤمنون عند شروطهم ونمنع عدم الحرص على الاصابة له
فان الاعطاء للاجنبي ربما كان باعثا للرامي على اجادة الرمي لما الثناء عليه
او لفقره مع قصد الثواب ولانه لو شرط اطعامه جزءا له لجاز فكذا هنا
ويمكن الفرق لدخول العوض هنا في ملكه بخلاف صورة الفرض والاقرب
عدم الجواز اما على القول بانه اجارة فظاهر لانه لم يجتمع ان يكون مال
الاجارة لغير العامل واما على تقدير الجعالة فانه وان تصور التبرع فيها
الا انه لا بد فيها من المعاوضة ولا معاوضة هنا قوله رحمه الله وان
كان قبله وطلب المسبوق الاكمال اجيب مع الفائدة كرجاء الرجحان او المساواة
او القصور عن العدد اقول لنفرض الرشق عشرين والاصابة خمسة وشرط
عليه المسائل الثلاث فمثال الاول ان يرمي كل منهما عشرة فيصيبها احدهما

ويصيب الاخر منهما خمسه فهنا يجب الحكم بالجواز لان اصابه ذي الخمسة العشره
خطا الاخر متصله ومثال الثانيه ان يصيب احدهما مجموع العشره ويخطيها
الاخر فمن الممكن اصابة المخطي العشرة الباقيه وخطا المصيب فتحصل
المساواه ومثال الثالثه ان يرمي في كل منهما خمسة عشر فيصيب احدهما
احد عشر والاخر اثنين فمن الممكن اصابة الاثنين الخمسة الباقيه فيكمل
تاسعه ويخطيها الاخر فيفضل عنه باربعه فلا تتم له عدد الاصابه
والكل ظاهر قوله رحمه الله في الشركه والربح والخسران على قدر راس
المالين ما لم يشترطا الضد على راي اقول موضوع الشركه على تبعية الربح
والخسران لراس المال في الزيادة والنقيصه فلو شرطا التساوي في
الربح والخسران مع تفاوت المالين او التفاوت فيهما مع تساوي المالين
او التساوي في الربح خاصه والتفاوت في الخسران او بالعكس صحت الشركه
والشرط وهو مذهب المرتضى رحمه الله وظاهر مذهب ابن الجنيد واختاره
سديد الدين والمصنف رحمه الله لاصالة الجواز ولانها تجارة عن تراض
فتشملها الايه ولقوله تع اوفوا بالعقود ولقوله ع المسلمون عند شروطهم
ولدعوى المرتضى الاجماع وذهب الشيخ وتلميذه ابن ادريس ونجم الدين
الى البطلان لعدم الدليل وقال ابو الصلاح اذا اشترطا في عقد الشركه التفاضل
في الوضيعه صحت الشركه وكانت الوضيعة بحسب الاموال الا ان يتبرع احد
الشريكين على الاخر واعلم ان المراد بالموصوف بالصحة والبطلان ليس
نفس الشركه العنانيه اذ لا يمكن وقوعها على وجهين بل المراد به نفس الشرط
وما توقف عليه كالاذن في التصرف والمسئله مفروضه فيما عملا معًا

سوا

سوا اما اذا عمل احدهما او شرطت له الزياده فالجواز ظاهر لانه في قوة المضاربه
والشركه مع البطلان لكل اجرته ويتقاصان اذا اصطلحا في الاشاعه على
اختصاص احدهما بالربح والخسران فقد ذكر في باب الصلح وان كان في
الابتدا ففيه الوجهان قوله رحمه الله ولو دفع اليه اثنان دابه وراويه
على الشركه لم يصح والحاصل للمستقي وعليه اجرتهما وقيل يقسم اثلاثا ويرجع
كل منهم على صاحبه بثلث اجرته اقول ما افتى به اولا هو مختار الشيخ في ط
واختاره ابن ادريس ونجم الدين لان شرط الشركة العنانيه امتزاج الاموال وهو
مفقود هنا والقول الاخر حكاه الشيخ رحمه الله في المبسوط وجعله قريبا
ايضا الدخول كل منهما على ان يكون له ثلث الحاصل والمسلمون عند شروطهم
غايته ما في الباب ان ذلك الثلث لم يتولى عمله بانفراده فيرجع كل منهم
على صاحبه بثلث اجرة ماله واعلم ان هذا الوجه ايضا ارتضاه المص
في المختلف وقيل مبنى المسئله على انه تتبع الغير في المباح ولغيره تفيد ملكيته
ذلك الغير اما على الاول فيرجح الثاني لان نوى المستقي ملكية الجميع وعلى الثاني
الاول وكذا لو لم ينو المستقي ملكية الاخرين وربما بني هذا على ان المباحات
هل يحتاج تملكها الى النيه او لا والاول منقول عن الشيخ في احيا الموات
من المبسوط والثاني باب الشركه منه وكلام صاحب الشرايع في هذا
الباب يفيد ان الحايز ان نوى لنفسه ملك قطعا وان نوى انه له ولغيره لم يملك قطعا الغير
وان اهمل ففيه الوجهان قوله رحمه الله ولحصل الضرر بنقص القيمه
وقيل يعم الانتفاع اقول الاول قواه الشيخ في المبسوط واختاره نجم الدين
والمصنف والثاني هو الذي افتى به الشيخ في كتابي المبسوط والخلاف فتق

والتمسك في القولين بقوله عم لا ضرر ولا ضرار وهذا ذكره الشيخ في الخلاف
توجيهًا للجانبين ولم نتوقف ثم عدم الانتفاع يصدق على عدم الانتفاع
اصلاً وعلى عدم الانتفاع اصلا فيما كان ينتفع به فيه اولاً قوله رحمه
الله في المضاربه او بالمشاهد المجهول او بالفلوس او بالنقرة على اشكال
اقول يريد انه لا يصح القراض بالنقرة على اشكال كما تردد فيه الشيخ نجم الدين
قال صاحب الصحاح النقرة السبيكه وربما كانت من عرف الفقها اسماً للدراهم
المضروبه من غير سكه وكان الاشكال في هذه وجهته النظر الى اصالة
الجواز ولانهما مما يتعامل بها كالمنقوشه بسكة المعامله ولدخولها
تحت المومنون عند شروطهم وتحت قوله تع الا ان تكون تجارة عن تراض
منكم والالتفات الى ان المضاربه حكم شرعي فيتوقف جوازه على مورد
الشرع ولم يثبت الا في المنقوشه ولان تسليط الانسان على مال غيره
على خلاف الاصل فلا يجوز الا في موضع النص واكثر الجمهور على منع القراض
بها واما اصحابنا فقد نص الشيخ واتباعه والمتاخرون من اصحابنا على
عدم جواز القراض بها وكذلك المصنف رحمه الله في كتبه ويمكن عود الا
شكال ايضا الى الفلوس وتوجيهه لما بيناه والى المال المجهول قال الشيخ
فيه قولين فذهب في الخلاف الى عدم جوازه لعدم دليل شرعي فقطع
به في المبسوط الى جوازه لاصالة الصحه ولقوله عم المومنون عند شروطهم
قوله رحمه الله فلو اشترى جارية جاز له وطوها مع اذن المالك بعده
لا قبله على راي اقول هذا هو مذهب الشيخ نجم الدين رحمه الله وذهب
الشيخ في النهايه الى ان صاحب المال اذا اذن له في شرا الجاريه ليطاها

العامل

العامل جاز وظاهره الاكتفا بالاذن المتقدم لرواية الكاهلي عن ابي الحسن ع
قال قلت رجل سالني ان اسالكم ان رجلاً اعطاه مالا مضاربه ليشترى
ما يرى له من شي وقال اشتر جاريه تكون معك والجاريه انما هي لصاحب المال
ان كان فيها وضيعة فعليه وان كان فيها ربح فله فللمضارب ان يطاها
قال نعم والاقوى الاول العصمة الفرج الا بالعقد او الملك ولم يحصل بعد
الشرا احدهما والروايه ضعيفه لان في طريقها سماعه ولان الاذن
المتقدم لم يصادف ملكا ولا ينهض عقدا وحل الفرج منحصر في العقد
والملك قوله رحمه الله في المودع لعد او الرد على اشكال اقول يريد انه
لو ادعى المودع رد الوديعه الى المودع كان القول قوله على اشكال ينشا
من فتوى الاصحاب كالشيخ والطبرسي وابي سعيد بقبول قوله لانه اما ته
ولانه يحفظ المال لمصلحة صاحبه لا لمصلحته فيكون القول قوله ولان
مبناها على الاخفا فالتكليف باقامة البينة بنا في ذلك ولعموم ما روي
عن النبي صلى الله عليه وآله ليس على المستودع ضمان اورده الشيخ في الخلاف وابن
الجنيد ومن ان الاصل عدم الرد وهو مدع له فيكون مدعيا خلاف الا صل
والمالك ينكره فالبينة على المدعي واليمين على من انكر والمشهور هو الاول
وهو اختيار المصنف في التحرير وتردد في المختلف والقواعد كما تردد هنا
قوله رحمه الله ولو مات ولم يوجد اخذت من التركه على اشكال اقول
منشاه النظر الى اصالة براة الذمه من الضمان فينزل على تلفها بغير تفريط
اذ الاصل عدمه والالتفات الى قوله عم على اليد ما اخذت حتى تؤدى ولا
اصالة عدم التلف اقول رحمه الله في اللقطة واسلامه على راي اقول

يشترط في الملتقط للصبي المحكوم باسلامه الاسلام على راي الشيخ رحمه الله
في المبسوط والا لزم وجود السبيل للكافر على المسلم وهو منفي بقوله تع
ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا ولانه لا يومن افتتانه ويحتمل
جوازه لاصالة الجواز والسبيل ممنوع اذ لا سلطنة له عليه والشيخ
نجم الدين حكى قوله رحمه الله ولم يفت بشي وهو يشعر بتردده وانما
قيدناه بالمحكوم باسلامه لان الكافر لو التقط المحكوم بكفره لم يمنع
منه قطعا لانتفا المانعين وصرح به في كتبه **قوله** رحمه الله وعدالته
على راي **اقول** هذا قول الشيخ في المبسوط لان الحضانة ايمان ولا
امانة للفاسق ولا نرى بما استرقه واخذ ماله وجوز الشيخ نجم الدين
التقاطه ومنع من انتزاعه منه لاصالة الجواز والمسلم محل الامانة
قوله رحمه الله ويقر في يد البدوي على راي **اقول** هذا مذهب الشيخ
نجم الدين لثبوت اولويته بالتقاطه وذهب الشيخ رحمه الله الى انه لا يقر
في يده لما يودي الى ضياع نسبه **قوله** رحمه الله ولو جني عليه اقتص
واخذ الديه ان لم يكن ولي غيره لا الملتقط ولا يجب التاخير على راي
اقول لا يجب تاخير القصاص حتى يبلغ اللقيط بل يجوز للحاكم الاقتصاص
عاجلا كما يجوز للاب والجد وهو مذهب الشيخ نجم الدين لثبوت الولاية
فجاز الاستيفا كغيره من الحقوق ولان شرعية القصاص لحفظ الانفس
كما بينه سبحانه في اوجز كلام بقوله ولكم في القصاص حياة فالتاخير مع بدله
ترك للغاية وذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط الى المنع من ذلك اذا كان
الصبي مميزا لانه لا يعرف مراده وقت بلوغه وفايت الدم لا يستدرك
وطرح

وطرد المنع في حق الاب والجد ايضا وجوز في المعتوه المعسر اخذ المال العد
على وقت زوال علته بخلاف الصبي واعلم انه اذا اخذ الولي المال لما
راى من المصلحة لم يكن للمولى عليه رده والاستعادة ان قلنا ان الاخذ
كان مشروطا والا فله وربما قيل ان الدفع للحيلولة وهو بعيد ولا
حيلولة له من طرف الجاني **قوله** رحمه الله ويحد القاذف وان
ادعى الرقية على راي **اقول** وللشيخ رحمه الله هنا قولان احدهما ثبوت
الحد للحكم بحريته وجريان احكام الحريه عليه الثاني العدم لان الحكم
بالحريه مستند الى الظاهر ويجوز كونه مملوكا في نفس الامر والاصل البراه
ولانه نوع شبهة والحدود تدرا بالشبهات والاول اختيار الشيخ
نجم الدين في كتاب اللقطة وفي كتاب الحدود واختار فيما اذا قذف
اثنان وادعى القاذف رقه والحريه بسقوط الحد وفي الجمع بينهما نظر اذا
عرفت ذلك فان لم يقل بوجوب الحد فلا اشكال في وجوب التعزير
لانه منتف على كل حال فمن نفذ برئ مما نعده الحلق **قوله** رحمه الله وفي
الترجيح بالاسلام او الحريه نظر **اقول** البحث هنا اذا كان محكوما
بحريته واسلامه وفيما لم يحكم والمنشا من عموم الادلة الدالة على
جواز ادعا بنوة النسب والترجيح خلاف الاصل وهو مذهب الشيخ
في الخلاف ومن تشرف المسلم والحر فيكون جانبهما اقوى وهو اختياره
في المبسوط ورجح ابن الجنيد دعوى الحر على العبد وربما وقع الترجيح
للمسلم والحر اذا حكم باسلامه لثبوت اسلامه وحريته احد ابويه ولا
ترجيح في النسبة الى احدهما وهو ضعيف لانه ترجيح لمجرد الاحتمال مع

وجود المعارض قوله رحمه الله ولو اخذ غير الممتنع في الفلاة استعان بالسلطان
في النفقة فان تعذر انفق ورجع مع نيته على راي قوي هذا مذهب الشيخ
في النهاية الا انه لم يذكر نية الرجوع واختاره نجم الدين مع نيته كما ذكره
المص لحصول الضرورة اذ الانفاق واجب لوجوب الحفظ عليه فالمنفق
ماذون فيه شرعا لانه مامور به فهو ماذون فيه يرجع به وفيه نظر
لمنع المقدمة الاخيرة ولانه يقال اذا كان واجبا على المنفق يكون مؤديا
للواجب فلا يستحق عوضا وذهب ابن ادريس الى عدم الرجوع لانه بغير
اذن والاصل براءة الذمة قوله رحمه الله ولو انتفع باللبن او الظهر
او الخدمة قاص على راي قوي هذا اختيار الشيخ نجم الدين لان كلا منهما
له عند صاحبه حق فيتقاصان كسائر الحقوق وقال الشيخ في النهاية
يكون ذلك بازاء ما انفق ولعله حمل على المرهون اذ اختياره ذلك فيه تعويلا على رواية
السكوني عن جعفر عن ابيه عن ابائه عن علي عليه السلام قال رسول الله صلى الله عليه وآله الظهر يركب
اذا كان مرهونا وعلى الذي يركب النفقة والدر يشرب اذا كان مرهونا وعلى الذي
يشرب نفقته فان كان التعويل على هذا فهو ضعيف لمنع الالحاق اولا
وضعف سند الحديث ثانيا وعدم دلالة الرواية ثالثا قوله رحمه الله
في الغصب ودلالة السارق قوله يريد انه من جملة اسباب الضمان
دلالة السارق عليها اذ السبب على ما فسره به الفقهاء هو ايجاد ملزوم
العلة قاصدا لتوقع تلك العلة ومنهم من يفسره بانه فعل ما يحصل عنده
التلف لان فعله غيره وهو اعم من الاول لامكان سبب اخر يتولد منه وكلا
التعريفين يشمل صورة الفرض اذ الدال اوجد الملزوم الذي هو الدلالة

قاصدا

قاصداً لتوقع السرقة من السارق فجرى مجرى حافر البئر وناصب الحجر
اذ لولاه لم يتحقق التلف وفي هذا نظر لمنع ملزوميته او لا يكون سببا
سلمنا انه سبب الا ان السارق مباشر ومع اجتماع السبب والمباشر
فالمباشر اولى لقوته فهو كالحافر والدافع واعلم اني تصفحت كتب اصحابنا
رضوان الله عليهم فلم اجد احدا قال بالضمان في هذه الصورة الا
المصنف رحمه الله في هذا الكتاب وحكم في التحرير بالضمان فيها ثم استشكله
وقد نص نجم الدين والمصنف في باقي كتبه على عدم الضمان وربما امكن
حملها على المسامح اذا دل السارق على امانته وهو تعسف ولانه لا حاجة
الى الاشكال المذكور في التحرير حينئذ قوله رحمه الله وبانقلابه بالريح
وبازابة الشمس على اشكال قوله يريد انه اذا زال وكاء الظرف فانقلب
بالريح واذابه الشمس ضمن المزيل على اشكال ينشا من تفسير السبب
المقدم المتضمن لقصد توقع تلك العلة والفاتح لم يقصد بفتحه
تحصيل حرارة الشمس وهبوب الريح لعدم القدرة عليه ولاصالة
البراءة من المباشر هنا ضعيف فيكون الضمان على فاعل السبب وقد
منع اولا لقصد شرط وقال الشيخ فانه مما يتوقع وان لم يكن بفعل
التوقع كالنتاج فانه مضمون لو حصل لانه مما يتوقع قوله رحمه
الله ولو غصب شاة فمات ولدها جوعا او حبس مالكها الماشية عن الحفظ
فتلفت او غصب دابة فتبعها الولد ففي الضمان نظر قوله النظر في هذه الثلث
ينشا من عدم الاستقلال باثبات اليد على الولد والماشية فلا يتحقق
فينتفي الضمان ومن انه سبب في ذلك فهلاك لولاه لم يتحقق التلف وان

كان بعلة اخرى خارجة عنه والبحث هنا كما قبله وربما يقال في الكل اذا شك
في السببية او في الترجيح روعي اصل البراءة قوله رحمه الله ولو تلف
الصغير بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط قال الشيخ يضمنه اقول للشيخ
في هذه المسئلة قولان احدهما الضمان ذكره في كتاب الجراح من المبسوط
لانه فعل سبب الاتلاف بحيث لا يمكنه الاحتراز اذ الفرض صغره فكان
البير فيقع فيها الغير ولانه الاحوط والثاني عدمه وهو قوله في كتاب
الغصب من المبسوط وفي الخلاف لان الحر لا يضمن باليد بلا سبب ظاهر
انه لم يتحقق شرط الضمان معللا بهما وانتفاء العلة المساوية انتفاء المعلول
ولاصالة البراءة ثم قال في الخلاف عقيب حكاية مذهب بعض العامة
في الضمان ولو قلنا بقوله كان قويا وقوى المصنف في المختلف الضمان وهو
الذي صدر به في القواعد قوله رحمه الله ولو استاجره لعمل
فاعتقله ففي ضمان الاجرة نظر اقول يريد انه لو استاجر الحر لعمل
لازمانا بخبسه مدة كان يمكن استيفاء العمل فيها فهل يستقر عليه
الاجرة نظر منشاه من ان كل منافع الحر لا يضمن الا بالتفويت لا بالفوات
لعدم دخول الحر تحت اليد اذ ليس مالا ولم يحصل التفويت ولاصالة
بقاء العمل في ذمته ومن وجوب الاجرة بتضمن العقد على المنفعة التي
كان المالك سببا في ضياعها باعتقاله فيستقر في ذمته كما لو قدم بو مان
وبعض بناها على ان اجارة الحر نفسه هل هي تمليك المنافع يحتمل ذلك
لان له ان يتصرف فيها بالاجارة وغيرها ولهذا لو استعمله آخر ضمن
اجرة المثل للمستاجر ويحتمل انه التزام بعمل كالدين في ذمته فعلى الاول
يستقر

١١ يستقر الاجرة ويضعف بان المنافع معدومة وليست تابعة مملوكة وعلى
الثاني لا يضمن اقول رحمه الله وان تلف ضمن بالمثل في المثلي ومع
التعذر القيمة وقت الدفع وفي غيره بالقيمة عند التلف على راي والاعلى
من حين الغصب الى التلف على راي اقول اطبق الاصحاب على ضمان المثلي
وهو ما تساوت اجزاؤه في الحقيقة النوعية بالمثل الا ما يظهر من كلام
ابن الجنيد فانه قال ان تلف المغصوب دفع قيمته او مثله ان رضي صاحبه
ولعله يريد به القيمي فان فيه ضمانه بالمثل خلافا وظاهر مذهب الشيخ
المحقق نجم الدين في بعض المواضع ضمانه بالمثل والمشهور خلافه و
اختلف الاصحاب في القيمي بلدا اقوال الاول ضمانه بالقيمة حين التلف
وهو مذهب ابن البراج واختاره المص في المختلف لانه وقت الاستقرار
ولان الغاصب انما خوطب بدفع القيمة عند التلف ضرورة ان مع
بقاء العين يجب عليه ردها فيقتضي عليه بالقيمة حالة وجوبها الثاني
ضمانه بقيمته وقت الغصب لانه قبضه مضمونا والضمان انما هو بقيمته
فيقتضي حالة ابتدائه وهو مذهب الشيخ في موضع من المبسوط وفيه نظر
ج ضمانه باعلا القيم من حين القبض الى حين التلف وهو مذهب الشيخ
في موضع آخر من المبسوط وفي الخلاف واكثر الاصحاب لانه مضمون في جميع
حالاته التي من جملتها حالة اعلى القيم ولو تلف فيها لزمه ضمانه وكذا
لعدمه ولانه يناسب التغليظ على الغاصب واستحسنه الشيخ نجم الدين
واعلم ان الخلاف لم يقع في نقص القيمة لعيب او نقصان صفة بل في
نقص القيمة السوقية قوله رحمه الله في اعضاء الدابة الارش على راي

اقول هذا مذهب الشيخ رحمه الله في المبسوط والقاضي وابن ادريس
ونجم الدين لانهما مال فيجب فيه الارش كساير الاموال وقال في الخلاف عليه
في كل ما في البدن اثنان القيمة وفي احدهما نصفها محتجاً بالاجماع
والرواية وهي كل ما في البدن منه اثنان ففي الاثنين جميع القيمة وفي
الواحد نصفها هكذا زعم ابن ادريس وضعفها بانه لم يرد الا في
الانسان وحمل البهايم عليها قياس ويمكن ان يكون الرواية غير هذه
الا انني لم اجد في كتب الاصحاب في هذا المعنى سوى ما رواه ابن يعقوب
باسناده الى عاصم بن حميد عن ابي قيس عم باسناده الى مسمع عن ص ع
ان عليا صلوات الله عليه واله قضى في عين الدابة بربع ثمنها قوله
رحمه الله ولو تلف العبد والامة ضمن قيمتهما وان تجاوزت الدية على
راي اقول هذا قول ابن ادريس ونجم الدين لانه قال فيضمنه بقيمته
كغيره من الاموال وانما اقتصر بالحكم في غير الغاصب على الدية عملاً بالاتفاق
فيبقى ما علاه على الاصل لانه اغلظ وذهب في المبسوط والخلاف الى الرد
الى دية الحر تسوية بين الغاصب وبين غيره لاصالة البراءة لان الاغلب
فيه الانسانية لا المالية قال المصنف الظاهر ان الشيخ اراد به الجاني
دون الغاصب لانه قال في المبسوط اذا غصب عبداً فقطع آخر يده
فان رجع السيد على الغاصب رجع باكثر الامرين مما يقضيه ولا ارش
الجناية وان رجع على القاطع رجع بالارش وهو نصف القيمة والزايد
في مال الغاصب لاختصاص ذلك بالجاني فلا يتعدى الى الغاصب لما فيه من
مخالفة الاصل فان العبد مال قوله رحمه الله ولو مثل به لم ينعتق على راي

اقول وجهة

اقول وجهة الاقتصار بحكم التنكيل لمخالفة الاصل على المولى لعموم قوله عم لا عتق
قبل ملك هو اختيار نجم الدين وقال الشيخ رحمه الله في المبسوط والخلاف
ينعتق وتبعه ابن البراج طرداً للتنكيل اذ لا خصوصية للمولى ومن فوايد
المصير يمكن رجوع الخلاف في الحكم الى الخلاف في الحكمة فان كانت في المولى
العقوبة لم يطرد وان كانت جبراً وهي المتكل به بالحرية اطرد وربما
قيل بالتنكيل يخرج العبد عن المكلف والمولى عن اهلية الملك بالنسبة
الى العبد وعقوبة محضة فعلى الاخيرين لا عتق وعلى الاول العتق وكل
ذلك رد الى ما لم يعلم ويمكن التمسك بما رواه في التهذيب باسناده الى
جعفر بن محبوب عمن ذكره عن ابي عبد الله عم قال كل عبد مثل به فهو
حر ولا يعارضه رواية ابي بصير عن ابي جعفر عم قضى امير المؤمنين عم
فيمن نكل بمملوكه انه حر لا سبيل عليه سايبة فيذهب فيتولى الى من
احب فان مفهوم الوصف ليس بحجة قوله رحمه الله ولو استغرق
القيمة قال الشيخ دفعه اخذها او امسكه مجاناً وفيه نظر اقول هذا قوله
في المبسوط ووجه النظر ان الاتفاق على هذا الحكم انما وقع في الجاني فلا
يحمل الغاصب عليه للزوم القياس وهو اختيار ابن ادريس وظاهر
كلام نجم الدين ومن ان المقتضي للدفع الى الجاني هو اخذ قيمته لئلا
يجتمع للمالك العين والقيمة وهو موجود في الغاصب ويرد ما في
بان المدفوع عوض الفايت فلا جمع قوله رحمه الله ويضمن نقص الزيت
والعصير على راي لو غلاهما اقول اما الزيت فلا ريب لنقص اجزايه الزيت
اذ لا يعقد النار اجزاه واما العصير فالاقوى فيه ذلك لا دخاله النقص

علیه وذهب الشیخ في المبسوط الى عدم الضمان في العصير لان الاجزاء الذاهبة
اجزاء مائية لا قيمة لها اذ اجزاؤه تنعقد بالغليانات ولهذا يتعين طعمه
قوله رحمه الله ولو مزجه بالمثل تشاركا وكذا بالاجود على راي اقوى
نقل ابن ادريس ونجم الدين هذا القول عن بعض اصحابنا وهو الاقوى
لوجود عين المغصوب المقتضي للتسلط عليها وعدم الانتقال الى
مثلها او قيمتها ولا تقدح في ذلك الزيادة ولانها زيادة صفة بفعل
الغاصب وكان كما لو علم العبد صنعة وجزم المص في القواعد وقال
الشيخ في المبسوط وابن ادريس يتخير الغاصب في دفع القدر من العين
او غيرها لان العين قد استهلكت اذ لا يقدر على الرد لو طالبه قوله
رحمه الله ولو طاوعته فلا شيء على راي قوله يريد لو طاوعت الامة
المغصوبة الغاصب فلا مهر لها على راي الشيخ وابن ادريس ونجم الدين
للنهي عن مهر البغي والسر فيه ان البضع لا يدخل تحت اليد الغاصبة
اجماعا بل لا يضمن الا بالاستيفاء حيث يقدر له الشارع ولم يثبت في
غير النكاح الصحيح وشبهه ونقل الشيخ نجم الدين عن بعضهم انه يلزم
الغاصب عوض البضع لانه للمالك فلا يسقط بتسليطها الغاصب عليه
هو جهان فاحتمله المص في المختلف واعلم انه لا اشكال في وجوب ارش
البكارة لو كانت بكرا انما الشك في عوض البضع وقد صرح به المص
بعد هذا قوله رحمه الله ولو سقط ميتا فعليه الارش وان لم يكن بجنايته
على راي اقوى قوله يريد ان الغاصب لو حبل المغصوبة بالتحريم كان ولده حرا وعليه
قيمته يوم سقط حيا وارش نقص الولادة فان سقط ميتا فعليه ارش
نقص

نقص الولادة خاصة لا قيمة الولد على راي الشيخ رحمه الله لا الجناية في المبسوط
لانه لا يعلم كونه حيا قبل ذلك ولعدم الحيلولة هذا اذا سقط لا بجناية
جان واما لو سقط بها فعليه الضمان لان الالقاء عقيب الضرب مسقط
للولد غالبا بخلاف الاولى فان الاصل فيها عدم الحياة حتى يعلم غيره
والشيخ نجم الدين استشكل ذلك بتضمين الاجنبي لو ضربها ولو القت
ميتا كما حكم به الشيخ والفرق بينهما ضعيف هذا تقرير المسالة
المشهورة ما قررها الاصحاب والمص في كتبه اما عبارة هذا الكتاب
فلا تخلو عن اشكال اذ ظاهرها لا يدل الا على ثبوت الارش والاختلاف
فيه فلا يجوز ان الراي يرجع اليه ولم يذكر فيها قيمة الولد وهو
الذي وقع فيه النزاع ثم انه على تقدير ان يقول الخلاف فيحمل الاقتصار
على الارش اي ان عليه الارش خاصة على راي قوم وعلى راي اخرين
يلزمه قيمة الولد معه لا يتم الكلام ايضا اذ ظاهره يعطي ان الخلاف
واقع في سقوطه ميتا مطلقا سوا كان بجنايته او جناية غيره
او من قبل الله تع وليس كذلك اذ الخلاف لم يقع الا في الاخير لكنه يمكن
ان يراد بالارش هنا قيمة الولد ولا بعد في تسميتها ارشا اذ
هو عشر قيمة المملوك او اكثر الامرين سوا كان بجناية المالك او بجناية
غيره او لا بجناية ففي الاولين لا بحث فيه وفي الاخير الخلاف المتقدم وح
ينتفي الاشكال قوله رحمه الله القول قول الغاصب مع يمينه مع التلف
والقيمة على راي قوله الخلاف في القيمة خاصة وما افتى به هو مذهب الشيخ
في ط والخلاف وابن ادريس ونجم الدين لانه منكر وغارم ولاصالة عدم

الزيادة وقال الشيخ المفيد رحمه الله والشيخ في النهاية بكونه القول قول المالك
لجناية الغاصب نقله نجم الدين عن الاكثر كتاب العطايا قوله رحمه
الله وفي الزوج والزوجة خلاف اقول يريد في جواز رجوع في هبة زوجته
او بالعكس مع بقاء العين وعدم العوض والتصرف خلاف للاصحاب وقال
الشيخ رحمه الله في كتبه واتباعه يجوز على كراهية اما الجواز فلقضية
الاصل اعني استصحاب التصرف في ملكه المنقول بالهبة لغير ذي الرحم
ولصحيحة محمد بن مسلم عن الباقر عم قال الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما
ان شاء حيزت اولم تحز الا لذي الرحم وهو عام وقريب من معناه
صحيح عبد الله بن سنان عن الصادق عم واما الكراهية فلقول النبي ع
في صحيح الحلبي عن ابي عبد الله عم انما مثل الذي يرجع في هبته كالذي
يرجع في قيئه وان لم يدل على التحريم فلا اقل من الكراهية والثاني الاصحاب
لم يذكروا لهما حكما ونقل الشيخ في الخلاف عن بعض اصحابنا انهما
يجريان مجرى ذوي الرحم في عدم جواز الرجوع ولعموم رواية
ابراهيم بن عبد الحميد عن الصادق عم قال انت بالخيار في الهبة ما
دامت في يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك ان ترجع فيها
ولرواية زرارة عن ابي جعفر عبد الله عم انه قال لا يرجع الرجل
فيما يهبه لزوجته ولا المراة فيما تهبه لزوجها جبرا اولم يجازا
لان الله تع يقول ولا يحل لكم ان تاخذوا مما اتيتموهن شيئا وقال
فان طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا وهذا في الصداق
والهبة ولو رجح هذا بخصوصيته عن الاول على الاول وسلامته سنده
لم يكن بعيد

١٤ لم يكن بعيدا وهذا ما افتى به المص في التذكرة ونقل في التحرير تحريم
الرجوع منهما عن الشيخ قوله رحمه الله وهل تنزل الموت المتهب
منزلة التصرف اشكال اقول ينشا من ان التصرف هو اتحاد السبب
المقتضي لنقل الملك وتغييره ولم يحصل من الميت ذلك الاتحاد
ولاصالة جواز الرجوع الا مع تحققه ولم يحصل ولرواية عيسى بن اعين قال
سالت ابا عبد الله عم عن رجل اهدى الى رجل هدية وهو يرجو ثوابها
فلم يثبه صاحبها حتى هلك واصاب الرجل هديته بعينها الله ان يرتجعها
ان قدر على ذلك قال لا باس ان ياخذه قلت ان حمل على من شرط الثواب فلا دلالة
فيه وان حمل على الاطلاق يحته ولعموم الادلة الدالة على جواز الرجوع
فلان يقتضي عدمه اذا كان من فعله تع اولى ولعله اقرب وهو مختار
القواعد قوله رحمه الله ولو باع بعد الاقباض للاجنبي صح على راي
قوله يريد في موضع صحة الرجوع لاصالة صحة البيع ولتضمنه
الرجوع وقال الشيخ في المبسوط ونجم الدين لا يصح لانه باع ما لا يملك
وعلى قول الشيخ هل يكون فسخا يحتمل ذلك لظهور امارته ويحتمل عدمه
لعدم التصريح به واصالة بقاء الملك قوله رحمه الله في الوقف وفيمن
بلغ عشرا رواية بالجواز اقول لم اقف على رواية تتضمن جواز وقف
الصبي بلفظ الواقف بل وردت روايات بلفظ الصدقة فمنها
رواية زرارة عن الباقر عم قال اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز
له في ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جائز
والشيخ نجم الدين حيث اورد هذه المسالة تردد فيها لذلك فان المروي

جواز صدقته ولم يقل وقفه وكانهما اراد هذه ونحوها اذ الوقف
نوع من الصدقات على ما رض عليه الشيخ في النهاية ومنها ما رواه زرعه
عن سماعة قال سالته عن طلاق الغلام ولم يحتلم وصدقته فقال اذا
طلق للسنة ووضع الصدقه موضعها وحقها فلا باس وهو جايز
وقال الشيخ وحده لكل عشر سنين واختار العمل بمضمونها الشيخان
ومنعه ابن ادريس وسلار التفاتا الى ان ثبوت الحجر معلوم فلا يرتفع
الا بمعلوم قوله رحمه الله ويصح الوقف على المعدوم تبعا ولو
بدا به لم بالموجود ففي صحته في الموجود قولان وكذا على العبد لم
الحر اقول هذا هو المنقطع الابتدا وصوره كثيرة لبعضها هذا والقولان
للشيخ في الخلاف يصح الوقف على الثاني لاصالة الصحه ولو ضم صحيحا
الى فاسد فلا يفسد لوجود المقتضي للصحة وعدم المانع وقوله
في المبسوط وقال انه مبني على تفريق الصفقه وكان قد قال قبل ذلك
الذي يقتضيه مذهبنا انه لا يصح الوقف لانه لا دليل عليه واختاره
الشيخ نجم الدين والمص محتجا بانه يلزم مخالفة شرط الواقف انصرف
الان الى الثاني وتعليق الوقف ان صرف بعده هذا اذا كان هناك
موقوف عليه وان لم يكن في الحال موقوف عليه فبطلانه ظاهر ضرورة
اشتراط الموقوف في الجملة واجيب بانا نلتزم ان هناك موقوفا
عليه ثم ان امكن انقراض الاول اعتبر انقراضه شرطا في تجويز الانتفاع
لا في نفوذ الوقف والنما للواقف او ورثته كمنقطع الوسط مع احتمال
حسا وانه لا يمكن انقراضه فقال لما كان الصرف محالا كان شرط الوقف

له كلا

١٥ له كلا الشرط فلا يلزم لمخالفته محال واتباع شرطه انما يلزم ان لو كان
سايغا وبطلان الوقف انما يلزم لو لم يكن هناك موقوف عليه
لكنه قطعا والواسطة غير صالحة لما تقدم قوله رحمه الله ولو وقف
على من ينقرض غالبا صح حبسا عليهم ورجع الى الواقف مع انقراضهم او
الى ورثته على راي اقول هذا قول الشيخ رحمه الله وسلار والقاضي
ونجم الدين وربما استدلوا بما رواه جعفر بن حيان انه سال الصادق عم
عن رجل وقف غلة على قرابته واوصى لرجل ليس بينه قرابة من تلك
الغلة بثلثماية درهم كل سنة الى من تقرب ما ت كانت الثلثماية الذي هم
لقرابة الميت والظاهر ان الوصيه بالوقف ايضا والا لم تكن للورثة منه
شي هكذا قاله المص في المختلف وبانه لم يخرج عن ملك الواقف بالكليه وبانه
ثنا ولا اشخاصا فلا يتعدى الى غيرهم وذهب شيخنا المفيد وابن
ادريس الى انه يكون لورثة الموقوف عليهم لان الوقف تمليك فيجري فيه
المواريث فلا ينتقل فيجري في البطن الاول لان الملك ليس بتام في حقه ولانه
صدقة لا تعود اليه ولانه ناقل فلا يعود الا بسبب وتمنع الملكية هذه
الصورة اذ الملك لا يكون الا في المؤبد وليست صدقة مؤبدة بل هي جارية
مجرى العمرى وليس مطلق الوقف تاما فلا بد ان يكون هو المؤبد وذهب السيد
ابو المكارم حمزة بن زهرة العلوي الى انه تصرف في وجوه البر ونفى
المص الباس عنه في المختلف هذا كله على القول بصحة الوقف لانه تمليك
فيتبع اختيار الملك ولاصالة صحته ولعموم ما روي من توقيع العسكري
عليه السلام الوقوف على حسب ما يقفها اهلها ان شاء الله قال المصنف

في المختلف ولان تمليك الاخير لو كان شرطا في تملك الاول لتقدم المعلول على
علته وربما امتنعت علية احدهما للاخر ولان فاطمة عليها السلام اوصت
بحوائطها السبعة الى علي عم ثم الحسن ثم الحسين ثم الاكبر من ولدها واجاب
عنه المتاخرون بانها علمت تابيد ولدها من النص على الائمة عليهم السلام
ومن قوله عم جبلان متصلان ان يفترقا حتى يردا على الحوض قلت وايضا
لم تصرح فيه بالوقف والوصية لا بحث فيها ونقل الشيخ في ط والخلاف
البطلان عن بعض الاصحاب لان المنقطع يجعل الوقف على المجهول بهذا احتج
في المختلف ويشكل بان المجهول ان اريد به في الابتدا فظاهر انه معلوم لانا
نتكلم على تقديره وان اريد به بعد انقراضه فليس هناك موقوف عليه
اصلا فلا يحكم بالجهالة وبعد انقراضه يكون مورونا على ما تقدم لا وقفا
قوله رحمه الله وفي الوقف على الذمي قولان وكذا المرتد وفي الحربي
اقول اختلف اصحابنا في جواز الوقف على الذمي لقوله تعالى لا تجد قوما
يؤمنون بالله واليوم الاخر يوادون من حاد الله ورسوله الاية وهو
خبر في معنى النهي لاستحالة عدم مطابقة خبره تع والوقف موادة ويكون
ممنوعا عنه والنهي للتحريم ولانه يشترط فيه نية القربة وذهب نجم الدين
الى الجواز مطلقا وحكاه الشيخ في ط لقوله كل كبد حرا اجر ولعموم توقيع
العسكري عم وقد تقدم ولان تمليك يجري مجرى اباحة المنفعة ولقوله
تع لا ينهاكم الله الاية وذهب الشيخان وابو الصلاح وابن حمزة وابن
ادريس الى الجواز على ذي الرحم دون الاجنبي لحث النبي عم على صلة
الرحم ولان ابن ادريس لما افتى بهذا قال بعد حكاية كلام الشيخ في الخلاف انه

يجوز

١٦
يجوز على ذي الرحم قد قلنا ما عندنا في هذه المسألة انه لا يجوز الوقف
على الكفرة الا ان يكون الكافر احد الوالدين وهو يشعر بتردده
واعلم انه لم يرد في كتب متقدمي الاصحاب الا الوقف على الكافر غير ط
فانه صرح بالذمي والظاهر ان مراد الاصحاب ذلك قوله رحمه الله
ويتساوى الاعمام والاخوال على راي اقول هذا هو المشهور بين
اصحابنا ولم اجد احدا منهم ذكر فيه خلافا بل ذلك مذكور في الوصية
على ما ياتي لان الاصل يقتضي التسوية الا ابن الجنيد ذهب الى
انه اذا وقف على قرابته كان حكمه في القسمة حكم الارث فيدخل
الاعمام والاخوال في ذلك ويقسم ثلثا وثلثا على مذهبه حملا على
الارث قوله رحمه الله ولو اعتق الشريك حصته الطلق صح ولم
يقوم عليه على اشكال اقول منشا الاشكال عدم نفوذ العتق فيه
لو باشر عتقه قالا ولى ان لا ينفذ فيه مع السراية ومن عموم ادلة
مشروعية التقويم الشاملة لصورة النزاع والاصل عدم الفرق بين
النفوذ مباشرة وعدمه سراية التقويم والاولى على انحصار المدرك
في المعتق وقفه مع شريكه بخلاف الثاني لا لتراد الرق شرعا
واعلم ان احتمال التقويم يضعف على تقدير القول بانتقال الموقوف
الى الله تعالى ويقوى على تقدير القول بانتقاله الى الموقوف عليهم
ولعل الاقرب عدم التقويم وهو مذهب الشيخ في ط والمصنف في
كتبه قوله رحمه الله ولا يجوز للموقوف عليه الوطء فان اولدها كان
حرا والقيمة عليه وفي صيرورتها ام ولد تعتق بموته وتوخذ القيمة

قوق

من التركة من ثلثه نظر اقول الاشكال هنا في موضعين احدهما هل تصير ام ولد ام لا
يحتمل الاول لتحقق علوقها منه في ملكه على القول بانتقال الملك اليه ولثبوت
الاشتقاق ويحتمل الثاني لافضائه الى سقوط حق باقي البطون من الرقبه
وهو غير جائز ولعل المراد بالملك الكامل اعني الذي يتفرد الواطي ولو
ببعضه وهو ممتنع ثم تقدير صيرورتها ام ولد هل تؤخذ القيمه من
تركته للبطون الباقية نظر ناش من ان عوض الموقوف هل يكون للبطن
الاول ويكون بين البطون فعلى الاول لا يؤخذ لاستحالة غرمه لنفسه
وعلى الثاني يتوجه الاشكال من وجه اخر وهو ان الواطي متلف لها في تركته
كما اذا اتلف مالا على غيره لان اثار الاتلاف انما حصل بعد الوفاه فلا
يتصور ان يكون الواطي يستحق العوض ولو قلنا بان قيمة المتلف للبطن
الاول فيشكل بانها اذا صارت ام ولد يحكم عليه بقيمتها في الحال كما في
صورة وطء احد الشريكين وعلوقها منه وهذا وارد على اصل عبارة
القوم ولعلهم ارادوا ذلك لما كان احد الاحتمالين صرفها الى من يليه
من البطون وهو الان لا يملك تاخر الدفع الى بعد الموت ولا يلزم تاخير
الحكم بنفوذ الاستيلاد ولزوم القيمه في الجملة الى بعد الموت بل النظر
الاول لو كان متعددا كانت القيمه مصروفه في الحال الى الشركاء قولا
واحدا على تقدير نفوذ الاستيلاد وظاهر ان هذا لا يتوقف على الوفاه
واما قيمة نصيبه فيها ففيه الوجهان واشار المص في القواعد الى هذين
الاشكالين واما في هذا الكتاب وظاهر الكلام ان الاشكال انما هو في صيرورتها
ام ولد

ام ولد فاذا قيل به تبعه الباقي وكذا في الشرائع ويحتمل مع القول بصيرورتها
ام ان يشتري بقيمتها اخرى يكون وقفا وكلام المتن يشمله فان كون
القيمه لمن يليه اعم من الطلق واعلم ان شيخنا المرتضى عميد الدين
دامت سيادته قال في شرح مشكلات القواعد وسمعناه منه في الدرس
مشافهة ان هذين الاشكالين انما ياتيان على تقدير وهو ان ولدها منه
في الوقف لينتقل اليه لموت ابيه منها شيء او المجموع اما على تقدير عدم
دخوله في الوقف فيموت الواطي انتقلت الى بطون اخرى غيره فلم يجز
الولد عليها ملك ولا بعض فيها عتق فقلت له ان الاصحاب اطلقوا
انها تصير ام ولد وحكم امهات الاولاد والعتق بموت المولى من نصيب
الولد وفيه انه لم يكن لها نصيب منها كيف يقال انها نصيبه وقلت اذا
حكم بانها ام ولد اقتضى موت المولى جري المواريث فيها عملا بالاثر
وانها وارثت فصار له فيها النصيب فتنعتق من نصيبه وقد صرح المص
في القواعد بجواز وقف من ينعتق على الموقوف عليه وانه يبقى وقفا
بحسب ملك ولدها اباها على طريقة الوقف لا تقتضي انعتاقها
عليه انما المقتضي له ملكها بطريق الارث اذا ظهر ذلك فان كان الولد
غير موقوف عليه جعلت في نصيبه ان قيل بالنفوذ قطعا اما على ما
قلناه من الحكم باستقرار الملك في حياة ابيه فظاهر واما على تقدير
الاحتمال البعيد وهو بقاؤها على الوقف الى حين الوفاه ثم تعتق فالاولى
جعلها في نصيبه لانها عتقها الضمن ملك ابيه لها فيكون ارثا ويحتمل
عدمه لان بطلان الوقف فيها استلزم خروجها عن صلاحية الملك

هكذا قيل وهو ضعيف لما عرفت من بطلان اصله اولا ولو سلم اصله لم يسلم
ملك ابنه له ومحل الملك الضمني باطل لانها لم تعتق على الاب وكذا عدم
توجه جعلها في تضييعه فان الوقف اخرجها عن صلاحية الملك ما دام
باقيًا فبعد زواله وهو المفروض اشتراط الاخراج ولو سلم الاخراج
عن الصلاحية لا يلزم منه عدم التقويم والا لم يلزم بعدم تلف الوقف
عوض وهو خلاف الاجماع وان كان الولد من الموقوف عليهم فعلى ما
اختاره المصنف من صحة الوقف ولا عتق لا تقويم لعدم حصول
الاتلاف قوله رحمه الله ولو كانت خطا تعلقت بالموقوف عليه على راى
اقول الراى الاول راى الشيخ في المبسوط لظاهر كلامه اذ يتعذر استيفا
الجناية من رقبته لعدم صحة بيعه وهو انما يتم لو لم يكن على غير منحصر وكان
المنحصر موسرًا والراى الثاني نقله الشيخ وهو اختيار نجم الدين لان
المولى لا يعقل عبدا ولا سبيل الى اهدار الجناية ولا يمكن عتقه فيتوقع
ما لعله ولان الكسب قرب الاشيا اليه فاذا تعذر استيفا الجناية من
رقبته استوفيت من الاقرب وذكر المصنف في مختلفه احتمالا وهو تعلقها
برقبته ويباع كما لو في العمداذ ليس البيع باعظم من القتل واعلم ان
هذا كله فرع على انتقال الملك الى الموقوف عليه اما اذا قيل بانتقاله
الى الله تعالى او بقائه على ملك الواقف كظاهر كلام ابي الصلاح ومذهب
بعض العامة فيحتمل هنا تعلق ارش الجناية بالواقف لانه مع توقفه منع
من تعلق الارش برقبته ويحتمل ان يكون في بيت المال كالحر المعسر وهذا
حكاهما

حكاهما الشيخ في المبسوط قولين ويحتمل ايضا تعلقها بالكسب لما ذكر
قوله رحمه الله وان اوجبت دية اقيم بها مقامه يكون وقفا على راى
اقول هذا راى نقله الشيخ في المبسوط وهو غير مبني على الانتقال واختاره
المص في المختلف لعدم اختصاص البطن الاول بملكه وتعلق الاتباع في البطن
الثاني بعينه انما يتلقاه عن الواقف ولان القيمة بدل من العين ولانه
اقرب الى الثاني به الذي هو مراده وذهب الشيخ في المبسوط ونجم الدين
الى ان القيمة للموجودين لان الواقف لما انتفا ولا العتق ولانها مملوكة
لهم على الاصح فيكون عوضا لهم ثم يتفرع على القول بالبدل من يتولى
شراه الاجود تفويضه الى الناظر الخاص فان تعذر فالموقوف عليه
وصح للشرط في النظر وعموم قوله واو لو به الموقوف عليه والظاهر انه لا يحتاج
بعد الشرى الى صيغة الوقف لانه صار بدلا بنفس الانتقال ومملوكا على حد الملك
للاول ويستحيل ان يملك لا على حد لعدم تعين المالك في الحال ولو فضل عن عبد
او نقص عنه فعلى الممكن والاقرب الى البدل بحيث كونه من جنس الموقوف لانه اقرب
الى الوقف وكلام المصنف هنا يشمل الجنس وغيره ويجب المساواة
في الذكورة والانوثة وان امكن المساواة في باقي الصفات ومعظمها
وهو اولى ولو قيل في القيمي ضمانه بالمثل وامكن له مثل كان هو الوقف
واستغنى عن الشرا وان قيل بالقيمة والى بعد الصفات امكن وجوب
قوله لانه غاية القيمة صرفها في مثله قوله رحمه الله والوقف على الموالي
يتناول الاعلى والاسفل على اشكال اقول ينشا من تناول الاسم للجميع فيدخل
الجميع كالوقف على اخوته وهو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ونص

المسألة في المفرد وتبعه ابن ادريس ونجم الدين وفرضناها في الجميع وابن حمزه
حمل المفرد على المنعم لتعذر فالعتيق كانه يراه حقيقة في الاول واخرج
مولى به ايضا وحمله في الجمع على المعنيين ومن انه لفظ مشترك موضوع
له اللفظ ولا يصح حمل المشترك على كلي معنييه لا مجازا لما بين في الاصول
وحكمه على احدهما بدون قرينة تحكم فيتعين البطلان والحمل على الجموع
يوهم انه مناط ونص اهل اللغة يدفعه الا ان يعني به ان الاخوه جمع
اخ واستعماله في المجموع ليس الا للفظ للافراد فكذلك الموالي جمع
مولى وكل مولى صالح المعنى والاصل عدم التداخل فيشكل بان عدول
اللفظ يمكن تعدده من طرف واحد فلا يحتاج الى الطرفين لاحراز
التقدير احتمال اللفظ المجموع اي صدق الموالي على المنعمين والمعتقين
بطريق الحقيقة واعلم ان الصحة وتناول الجميع تقوى اذا كان اللفظ
بصيغة الجمع كالمسألة المفروضة فان بعض من يمنع استعمال المشترك
المفرد في كل معنييه اجازه في الجميع ولانه يكون جمعا مضافا وهو للعموم
على ما قرر في الاصول وان كان اللفظ مفردا كما لو وقف على مولاه تقوى
البطلان وتصريح شيخنا المرتضى عميد الدين الصحة في المجموع وهو
ظاهر المصنف في المختلف لانه لفظ يستغرق جميع ما يصلح له وهذا هو
تعريف العام عند القدماء كابي الحسين قال بعض الفضلاء وهو غير جامع
لان المشترك وما له حقيقة ومجاز عام بالاتفاق مع عدم استغراقهما
جميع ما يصلحان له فزيد موضع واحد لان العين تستغرق جميع ما
يصلح له بحسب وضع واحد كالباصره وهذا في المفرد واما في المجموع فمن
منع

منع استعمال المشترك في جميع معانيه افتقر الى هذه الزياده وموجوده
استغني عنها فتبين ان تعريف العام منزل على مذاهب القوم فلا
يجعل تعريف قوم حجة على اخرين واعلم ان هذا جميعه انما
يتاتى اذا لم يفهم من الميت قرينة مقاليه او حاليه فدل على معنى
قوله رحمه الله ولو قال من انتسب منه اولاد البنات على راي اقرب
هنا مذهب نجم الدين والمصنف لقوله تعالى ادعوهم لابائهم
وقد صرح به مولانا ابو الحسن عم بقوله ومن كانت امه من بني
هاشم وابوه من سائر قريش فان الصدقة تحل له وليس له من
الخمس شيء فان الله تع يقول ادعوهم لابائهم والمعروف فانه لا
يقال لتميمي الا لمن ابوه كذلك ويؤيده قول الشاعر
بنونا بنو ابنائنا وبناتنا ٭ بنوهن ابناء الرجال الاباعد
وذهب المرتضى رحمه الله الى دخول ابناء البنات لاستعماله فيه
والاصل في الاستعمال الحقيقة ابنا الصغرى فلقول النبي ص واله
مشيرا الى الحسن والحسين صلى الله عليهما هذان ابناي امامان
قاما او قعدا ولقوله تع ومن ذريته داود الى قوله وعيسى
والياس ومن المعلوم ان عيسى ع لا ينتسب الا بامه واما الكبرى
فمبرهنة في الاصول والجواب يقتضي الكبرى ايضا في الاصول قوله
رحمه الله ولو وقف على اولاده فهم اولاده خاصة دون اولاد
اولاده على راي اقرب اذا وقف على اولاده فهم اولاده خاصه وكذا
لو قال على اولادي واولاد اولادي اختص بالبطنين على راي ولم

يكن هناك قرينة حالية كالاولاد هاشم او مقالية كالاعلى الابشاركه
الاولى كان للاولاد اصلية وهو مذهب الشيخ وابن الجنيد ونجم
الدين اي ولد الولد غير مفهوم من اطلاق لفظ الولد فلهذا يصح
سلبه عنه فيقال فيه ليس ولدي وذهب المفيد رحمه الله والقاضي
وابو الصلاح وابن ادريس الى دخول اولاد الاولاد ولقوله تع يا
بني ادم ولقوله تع يا بني اسرائيل اذكروا وهو خطاب للموجودين
في عهده عم وللاجماع على تحريم حليلة ولد الولد من قوله تعالى
وحلائل ابنائكم الذين من اصلابكم ولدخولهم في مثل قوله تعالى يوصيكم
الله في اولادكم ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان
له ولد حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم ودخولهم في كلام الله تع
يقتضي دخولهم في كلام العبيد ولقوله عم لما بال الحسن عم
في حجره وهموا باخذه لا تزرموا ابني اي لا تقطعوا عليه بوله والاصل
في الاستعمال الحقيقة والجواب الدخول فيه لدليل من خارج ولان
اسم الولد لو كان شاملا للجميع حقيقة لزم الاشتراك وان عورض
بلزوم المجاز فهو اولى وكذا الحكم والخلاف في المسئلة الثانية وربما
احتج الاول بقوله تع ووصى بها ابرهيم بنيه ويعقوب بنصب يعقوب
ففصل بينهما والفصل دليل المغايرة وهو واه لان نصبه لم يسمع
من احد مشاهير القرا متواترا بل ولا شاذا فان كتب الشواذ خالية
منه وبتقدير تسليمه فالمغايرة قصد بها تفخيم شان يعقوب على

نبينا

نبينا وعليه السلام وكذا كل حرف عطف على كل العطف جبرئيل وميكائيل على
الملائكة تكفي فيه مغايرة ما فلا تبعض كونها مخرجة له عن الدخول فيه
قوله رحمه الله ولو قال على اولادي فاذا انقرضوا اولاد اولادي واولاد
اولادي فعلى الفقراء كان انقراض اولاد الاولاد شرطا ولم يدخلوا
في الوقف والنما قبله لقرينة الوقوف على اشكال اقول البحث هنا في
مقامين هل يدخل اولاد الاولاد في الوقوف على اشكال اقول البحث هنا
ام لا فنقول اما على مذهب المفيد رحمه الله فظاهر واما على المذهب
الاخر فقد قال الشيخ نعم عملا بالظاهر والقرينة القائلة بجعل المجاز
مورد اللفظ ولا شك ان عطف الفقراء على الانقراض مشعر بذلك لكونه
والا لكان الوقف منقطعا والوقف شانه الدوام وقال نجم الدين والمص
لا لعدم الدلالات الثلث اما المطابقة والتضمن فظاهر واما الالتزام فلان
مكان اقتران اللفظ بالصرف المشهور وبعدمه وهو صادق فالمطلق
اعم والاعم لا دلالة له على الخاص وايضا فانه لو كان البطن الثاني موقوفا
عليه لشارك فانه لا اشعار في اللفظ بالترتيب والشيخ رحمه الله
نص على الترتيب هكذا قرره الامام المصنف في المختلف ويمكن ان
يقال يمنع انتفا دلالة الالتزام والسند ما ذكره من لزوم الدوام في
الوقف وجعل انقراضهم شرطا لها فيه فالدوام يستلزم موقوف
عليه وليس هنا الا البطن الثاني فكان لهم والترتيب انما حصل
لانهم لم يدخلوا باللفظ الاول بل بعطفهم على الاولاد المنقرضين
فالحكم لهما استفيد من اللفظ بعد الحكم بانقراض الاول ولنو فكانه استحقاقهم

مرتبًا عليهم ويمكن ان يجاب بان اللازم هنا انما نشأ من حفظ الوقف
عن الانقطاع ولو صح ذلك لزم بطلان كل وقف منقطع الوسط وقد صرحوا
بصحته ولان مكاتبة العسكري عم تشمله ب اذا قيل بعدم رجوعه لهم
في الوقف فانما المتخلل بين موت الاولاد واولادهم هل هو لورثة الواقف
انتقالا شرعيا فلا يعود اليه ولم ينتقل الى الفقراء ومن ثم لا موقوف عليه
الان واستحقاق البطن الاول انما هو ثم وليس ملكا خاصا ولا يجوز
البقاء بلا مالك هكذا دليل الايضاح صرفه في وجوه البر فيكون لورثة الواقف
وعلى القول بعدم الانتقال الاشكال في استحقاقهم وكذا على القول الى
الله فيصرف في وجوه البر وحكى الشيخ في المبسوط عمن قال بعدم رجوعه لهم
انتقاله الى ورثة الواقف قوله رحمه الله ولو شرط بيع الوقف عند
حصول ضرر كالخراج والموت من قبل الظالم وشراء غيره بثمنه فالوجه
الجواز اقول انما كان الوجه ذلك لان الوقف لشروط جائز وفاقا
ولا مانع من خصوصية هذا الشرط ولعموم قوله عم المؤمنون عند
شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله لم يثبت في هذه المخالفة ولحديث
مولانا العسكري عم المتقدم ولانه يتضمن مصلحة الموقوف عليهم بما
يجامع الوقف وكلما كان كذلك كان جائزا اما انه مصلحة فظاهر اذ
هو الفرض واما انه ليس يجامع الوقف فلان بيعه جائز مع حراي
ووقوع خلف بين اربابه من غير شرط اولا وهذا لايح من كلام شيخنا
المفيد ويحتمل عدم الجواز اذ هو مناف لمقتضاه ويمكن ان يقال ان
الحكم في هذه المسلة عند من سلم جواز بيع الوقف ظاهر فان احد

المواضع

المواضع التي يصح بيعه فيها كون بيعه اعود وذلك شامل لصورة
الفرض وانما يشكل الحكم عند من منع من ذلك وتوجيهه كما ذكر
قوله رحمه الله في الوصايا ولو قبل ثم رد لم تبطل وان لم يقبض
على راي اقول يريد انه اذا قبل الموصى له الوصية بعد موت الموصي
ولم يقبض ثم رد الوصية لم تبطل الوصية وهو اختيار الشيخ نجم
الدين والمصنف لحصول ملكه بالوصية الجامعة للشرائط فلم يزل
الا بسبب ناقل والرد ليس ناقلا وذهب الشيخ في المبسوط وابن
حمزة الى صحة الرد وبطلان الوصية لانه وان كان قد ملكه الا انه لم
يستقر ملكه الا بالقبض كالموقوف عليه اذا رد فانه لا يصح وان
كان قد ملك ونمنع عدم الاستقرار والمستند انه عقد لا اختيار فيه
فلا ينقسم الى المستقر وغيره والقياس على الوقف مع بطلانه لا يتم
لوجود الفارق اذ بالرد في الوقف لم يحصل القبول الذي هو شرط
او جزء وربما قيل ان الهبة اقوى من الوصية وردها جائز بعد
القبول وقبل القبض وكذا هنا اما الاول فللتخيير فيها والتعليق
لان الوصية والمنجز اقوى ولهذا قدم منجزات المريض واما الثاني
فلاشتراكهما في التبرع بالاعطا وجوابه انه قياس محض مع قيام
الفارق فان الملك حصل في الوصية بالقبول بخلاف الهبة كما صرحوا
به واعلم ان الاقسام الممكنة في الرد بالنسبة اليها قبل الوفاة وبعد

والقبول والقبض بمثابته فالاربعه التي قبل الوفاه لاحكم في الرد فيها
قطعًا وما بعد الوفاه فاثنان منه يبطلان الوصيه قطعًا وهما
اللذان قبل القبول والقبض سوا حصل هنا ك قبض اولا وواحد لا
يبطلها قطعا وهو ما بعد القبول والقبض وواحد مختلف فيه وهو ما
ذكرناه هنا قوله رحمه الله وتمضي وصية من بلغ عشرا في المعروف
على راي اقول هذا مذهب الشيخ رحمه الله مع بلاد شروط بادع العشر
ووضع الاشيا مواضعها وزاد الهبة والعتق وكونها في المعروف
وكذا ابن البراج وكذا المفيد الا انه منع من الهبه ولم يصرح بالشرط
الثالث وتبعه سلار وزاد في المنع الوقف وتشا وتابعته وبين السفيه
وابو الصلاح قال الا لمضي وصيته من نقص عن العشر والمجوز عليه
الا ما تعلق بابواب البر وظاهره ان بالغ العشر يصح في غير ذلك وابن
الجنيد الحق في الصبي بالثماني وفي الصبيه بالسبع والحقهما
بالبالغ الرشيد وابن حمزه اعتبر المراهق والمصنف هنا انما وجهه الذين
ذهب الى مذهب الشيخين لاشتهاره ولكثره الروايات به فمنها
ما رواه زراره عن الباقر ع قال اذا اتى على عشر سنين فانه يجوز له
في ماله ما اعتق او تصدق او اوصى على حد معروف وحق فهو جائز وقد
تقدمت ومنها ما رواه الصدوق ابو جعفر محمد بن بابويه في الصحيح
عن عبد الرحمن بن ابي عبد الله عن الصادق ع قال اذا بلغ الغلام عشر
سنين جازت وصيته ومنها ما رواه عن ابي بصير في الصحيح عن

الصادق ع

الصادق ع قال اذا بلغ الغلام عشر سنين فاوصى بثلث ماله في حق جازت
وصيته وان كان ابن سبع سنين فاوصى من ماله باليسير في حق جازت
وصيته وغير ذلك من الاحاديث وخالف ابن ادريس في ذلك كله والمص
في كثير من كتبه لقوله تعالى وابتلوا اليتامى حتى اذا بلغوا النكاح الآية ولان
مناط التصرف في المال معدوم عنه ولحديث رفع القلم وهو يدل على انه
لا حكم لقوله والمصنف في المختلف جعل الاحوط عدم انفاذ وصيته وفيه
نظر اذ الاحتياط للوارث مع عدم الحجر عليه لنفاذها اللهم الا ان يريد
بذلك ان الاحوط للموصى له ان يقبل وصية الصبي ففيه بعد مع امكان كون
الوصيه في جهة عامة او لطفل مولى عليه فلا يتصور الاحتياط هنا وان
ارادته معنى اخر فلا بد من افادته واقامة الدليل عليه وبالجملة فالاقدام
على رد ما تظاهرت به الفتوى واشتهرت به الروايه من طريق اهل
البيت عليهم السلام مشكل قوله رحمه الله ويصح للاجنبي وللوارث
والذمي كالاجنبي على راي اقول هذا مذهب ابن ادريس ونجم الدين والمص
وهو ظاهر مذهب الشيخ في الخلاف ويلوح من كلام المفيد مع تصريحه بان
الصدقه يشترط فيها القربه لم يحكم بانه مع انتقالها يرجع الى ماله
ويقسم بين ورثته وهو يشعر بان الصدقه على جهة الوصية وابن
الجنيد خص ذلك بقرابة بعض اهله من دار الحرب من الكتابي والمشترك للشيخين
قوله تع فمن بدله بعد ما سمعه وقوله وقوله لا ينهاكم الله وقول النبي
ص والله على كل كبد حرى اجر لعدم اشتراط القربه ولاصالة الصحة ولانها
نوع عطية فجازت هبته لوصولها اليه بخلاف وصيته اذ لا يجب على

الوصي اهبا لها لعدم احترام ماله ولو نعى بالبطلان الا ذلك هكذا ذكره في المختلف
ويشكل بان ذلك لا ينافي ملكيته وليس معنى البطلان بل اذا قيل ذلك ثم يجوز
الاستيلاء عليه لكل مسلم سواء كان وارث الموت او لا حتى لو اتفق في يد
بعض الورثة او الوصي ونوى تملكه ملكه كل ذلك على تقدير تسليم ملك الحربي
ومن هنا يظهر قوة ما قاله ابو الصلاح فيما يأتي وذلك ان الحربي ليس من
اهل التبرع عليه بصدقة اما اذا كان على طريقة التمليك المجرد فلا يتحقق المانع
فهذا الدليل وان امكن من غيره ولما رواه محمد بن مسلم عن احدهما عليهما
السلام في رجل اوصى بماله في سبيل الله قال اعطه لمن اوصى له وان
كان يهوديا او نصرانيا ان الله تعالى يقول فمن بدله الآية وذهب ابن البراج
الى المنع مطلقا لان الوصية نوع موادة فيدخل تحت النهي وذهب الشيخ
في النهاية وسلار في ظاهر كلامه وابو الصلاح الى الجواز لذي الرحم
لعموم الحث على صلة الرحم وقيد ابو الصلاح بكونها تبرعا بصلته
ثم قال فاذا اطلق الوصية للكافر الاجنبي ولم نجعلها صدقة وصرح
بكونها مكافاة على مكرمة دنيوية او مبتدأ بها فهي ماضية قوله رحمه
الله وان كانت اكثر عتق ما يحتمله واستسعى في الباقي مطلقا على رأي
الشارح يريد اذا اوصى لعبده بما له نسبة الى قيمته فان ساواها او زاد
وعتق وان نقص عتق منه ما يحتمله الثلث مطلقا سواء كانت قيمته
ضعف الوصية او لا وهو ظاهر مذهب الشيخ في الخلاف وابو الصلاح
وعلي بن بابويه وابن ادريس ونجم الدين في النكت واستحسنه في الشرائع
واستدل الشيخ عليه باجماع الفرقة قال شيخنا المفيد رحمه الله والشيخ

في التمهيد

في النهاية وابن البراج وهو ظاهر كلام سلار اذا بلغت قيمته ضعف الوصية
بطلت الوصية لما رواه الحسن بن صالح بن حي عن ابي عبد الله عليه السلام في رجل
اوصى لمملوكه بثلث ماله فقال يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث
الميت فان كان الثلث اقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى في ربع القيمة وان كان
الثلث اكثر من قيمة العبد اعتق العبد ودفع اليه ما فضل وهي دالة بمفهومها على
الدعوى وذلك لا حكم بالاستسعاء وان زاد على ثلثة ارباع وذلك
يستلزم بطلانه للعتق لان الاستسعاء لازم لعتق بعض العبد في الاكثر
وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم فينتفي عتق ذلك البعض وظاهر
انتفاء عتق الباقي لعدم اشتمال ما له وهذا كله ان تم الا انه انما ينفع
يقع التحديد بالضعف فانه متى نقص عن ثلثة الارباع كان وافيا بالمفهوم
هذا مع ضعف المستند الا ان يقال ينبغي لك حمله على ما اذا اعتقه وعليه دين
فانه لا ينفذ العتق فيه الا اذا كانت قيمته ضعف الدين وهو بعيد فان
الحسن بن صالح زيدي لا يعمل على ما ينفرد به على ان المفهوم ضعيف فحسب
لا مرجح له عمل الاصحاب وذهب المص في المختلف الى صحة الوصية ان
كانت بالجزء المشاع كالثلث وينعتق منه بقدر مطلقا لتناول الجزء
المشاع لنفسه والوصية له بنفسه تصح والفاضل استحقه بالوصية لانه
يصير حرا فيملك الوصية فيصير كأنه قال اعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه ما
فضل منه ولما دلت عليه الروايات وبطلانها ان كانت معينة اذ لا يجوز
التخطي الى رقبته لانها غيرها فيكون تبديلا للوصية منهيا عنه والعبد
لا يملك فلا تصح الوصية له ولعموم قول احدهما عليهما السلام لا وصية

لمملوك فانه يشتمل مملوك الغير ومملوك الموصي وهذا الذي اختاره يظهر
من كلام ابن الجنيد رحمه الله ولا يخلو عن نظر ولهذا توقف فيه في القواعد
وذلك لانه وان صحت الوصية له بنفسه لانه في معنى المدبر الا انه انما
ملك من نفسه ثلثها قضية للاشاعة فينعتق فلم يلزم صرف باقي الوصية
الى الثلثين الاخرين واما الفرق بين صرف الباقي الى الثلثين الاخرين
وبين صرفه الى المعين فان ذلك خارج عنه قطعا كالمعين فظهر المنع متى
صير ورثه حرا باجمعه وان اراد ان الثلث صار حرا فصحت الوصية بالثلثين
واذا ملكهما صرفت في عتقه لوجوب السعاية عليه ولا ينحصر حال ذلك مما يحصل بالسعاية
قلنا في الحقيقة صحت الوصية بثلث الثلثين وعلى هذا فلا يستوعب العتق واذا
كان من طريق السعاية فالتخيير لمن في جهات القضاء ان لم يتعين ان
ذلك مصروف في عتقهم قوله رحمه الله ولو اوصى بالعتق وعليه دين قدم
الدين وصحت مطلقا على راي اقول يريد بقوله مطلقا اي سواء كانت
قيمته ضعف الدين او اقل ذكره ابن ادريس وتردد نجم الدين لان الدين
مقدم على الوصية ولما رواه الحلبي في الحسن قال قلت لابي عبد الله ع رجل
قال ان مت فعبدي حر وعلى الرجل دين وما ان توفي وعليه دين قد احاط
بثمن الغلام بيع العبد وان لم يكن احاط بثمن العبد استسعى العبد في
قضاء دين مولاه وهو حر اذا وفى وذهب الشيخ في النهاية والقاضي الى
انه اذا كان قيمته ضعف الدين صح العتق وسعى في خمسة اسداس قيمته
ثلثه للديان وسهمان للورثة لما رواه عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح
عن الصادق ع في رجل مات وترك عبدا ولم يترك مالا غيره وقيمة العبد

ستمايه

ستمايه درهم ودينه خمسمائة درهم وياخذ الورثة مائة درهم قال
فان كانت قيمتها ستمائة درهم ودينه اربعمائة درهم قال كذلك يباع
العبد فياخذ الغرماء اربعمائة وياخذ الورثة مائتين ولا يكون للعبد
شيء قال قلت فان كانت قيمة العبد ستمائة درهم ودينه ثلثمائة
درهم قال فضحك ثم قال بعد كلام فالان توقف العبد وتستسعى
فيكون للغرماء ويكون ثلثه للورثة ويكون له السدس وجواب ان
الرواية لا تدل على مطلوبه رحمه الله لانها وردت في العتق المنجز
والشيخ اوردها في الوصية ولو سلم فالرواية الاولى اقوى لاعتضادها
بالاصل وابن ادريس قال بموجبها في المنجز بناء على اصله في المنجزات الا انه
لا يقيدها بكون قيمته ضعف الدين او غيره والشيخ نجم الدين عمل
بمضمونها بتمامه لصحة الرواية وعدم توجه الاضرار على الوارث
والديان قوله رحمه الله وتنعتق ام الولد من الوصية لا من نصيب
الولد على راي اقول اذا اوصى الانسان لام ولده بشيء فللاصحاب
فيه اقوال أ ما ذهب اليه المص طاب ثراه في هذا الكتاب وظاهر ابن
انها تنعتق من الوصية فان فضل منها شيء عتق من نصيب ولدها
وهو اختيار ابن ادريس ونجم الدين في الشرايع لتاخر الارث عن الوصية
واجيب بان المتاخر عن الدين والوصية استقرار الملك لا نفس الملك
لامتناع بقاء الملك بغير مالك ب انها تنعتق من نصيب الولد وتاخذ
الوصية وهو مذهب الشيخ في النهاية ونجم الدين في النكت والمص لانتقال
التركة الى الورثة من حين الموت فيستقر ملك ولدها على جزء منها فتنعتق

فقد صادف استحقاقها الوصية عتقها من نصيب الولد فيستحق الوصية
وما رواه الشيخ رحمه الله في التهذيب عن احمد بن محمد عن ابن محبوب عن
جميل بن صالح عن ابي عبيدة عن ابي الحسن عم في رجل اوصى لام ولده بالف
درهم قال تعتق من ثلث الميت وتعطى ما اوصى لها به وفي كتاب العباس
تعتق من نصيب ولدها وتعطى من ثلثه ما اوصى لها به ج انها تعتق من
ثلث الميت وتاخذ الوصية وهو مذهب الشيخ ابي جعفر محمد بن بابويه رحمه
الله لصحيح ابي عبيدة ايضا سال ابا عبد الله عم عن رجل كانت له
ام ولد له منها غلام فلما حضرته الوفاة اوصى لها بالفي درهم او باكثر
الورثة ان يعتقوها قال لا بل تعتق من ثلث الميت وتعطى ما اوصى لها
به قال في المختلف يمكن حملها على ما اذا اوصى بعتقها ايضا وربما حملت
على كون نصيب ولدها مقدار الثلث د قول ابن الجنيد انها تعتق من
الوصية او من نصيب الولد وتعطى بقية الوصية والاقرب اختيار الشيخ
لبناء العتق على التغليب والسراية ولهذا لو لم يكن غير وصيته ولا مال
للميت سواها عتق منها نصيب ولدها وسعت في الباقي لبقية الورثة
مع انه لا تقديم لبعض الورثة على بعض في الارث ضرورة تساويهم فيه
كذا قال المص رحمه الله قوله رحمه الله والوصية للذكور والاناث
تقتضي التسوية الا مع التفصيل وكذا الاعمام والاخوال على راي اقول
هذا مذهب ابن ادريس ونجم الدين والمصنف في المختلف والقواعد
للاصل وذهب الشيخ في النهاية وابن البراج الى ان منه الثلثان للاعمام
الثلثان وللاخوال الثلث وروى ذلك ابن الجنيد عن الباقر عم ورواه
الشيخ

٢٧

الشيخ باسناده عن زرارة عن ابي جعفر ~~الحسين~~ الباقر عم في رجل اوصى بثلث ماله
في اعمامه واخواله فقال للاعمام الثلثان وللاخوال الثلث وجوابها
الطعن في السند لان فيه سهل بن زياد الا انه رواه ابن بابويه في الصحيح
ورواه محمد بن يعقوب في الحسن بسند يمكن حملها على انه جعله بينهم على
كتاب الله تع قوله رحمه الله ولو مات قبل الموصي له او لا فالاقرب البطلان
وقيل ان لم يرجع الموصي فهي لورثة الموصى له اقول اقرب المذهبين
البطلان لان انتقال الموصى به اليهم اما عن الموصى له او الموصي ولا سبيل
الى احدهما اما الاول فلان انتقاله اليهم اما بالقبول ومتعلقه والثاني
باطل اجماعا ضرورة عدم دخوله في ملكه الا بالايجاب والقبول والوفاة
ولم يحصل سوى الايجاب والاول ايضا باطل لان القبول في العقود لا
يورث كقبول البيع والهبة وغيرهما واما انه لا سبيل الى الثاني وهو
انتقاله عن الموصي فلان الموصي لم يقصدهم بالوصية والمقصود انما
هو مورثهم ويؤيده ما رواه ابو بصير ومحمد بن مسلم معا في الصحيح
عن الصادق عم قال سئل عن رجل اوصى لرجل فمات الموصى له قبل
الموصي قال ليس بشيء وهو اختيار ابن الجنيد وحمل الشيخ في الاستبصار
قوله عم ليس بشيء تنقض الوصية بل الوصية على حالها من الثبوت لورثته
او يحمل على ان الموصي رجع في الحياة والقول المحكي في الكتاب هو المشهور
بين الاصحاب رواه ابن بابويه رحمه الله واختاره المفيد رحمه الله والشيخ
وهو ظاهر اختيار نجم الدين لان القبول حق للمورث فينتقل الى الوارث
كالخيار ولما رواه محمد بن قيس عن الباقر عم قال قضى امير المؤمنين عم في رجل

او صى لآخر والموصى له غايب فتوفي الذي اوصى له قبل الموصي فان الوصية
لوارث الذي اوصى له قال ومن اوصى لاحد شاهدا وغايبا فتوفي الموصى
له قبل الموصي فالوصية لوارث الذي اوصى له الا ان يرجع في وصيته قبل
موته واجاب المصنف في المختلف بمنع انتقال كل حق كما قلنا في عدم انتقال
حق قبول العقود واما الخيار فاستقر حياة المورث وعن هذه الروايات
في طريقها محمد بن قيس وهو مقول على جماعة احدهم ضعيف فلعله الراوي
واختار فيه الاول قوله رحمه الله ولمضي الاجازة بعد الوفاة وقبلها
على راي اقول لا خلاف في ان الاجازة معتبرة بعد الوفاة واما قبلها فللاصحاب
فيه قولان احدهما اعتبارها وهو اختيار ابن الجنيد والشيخ وابن حمزة
ورواه الصدوق في الصحيح وهو ظاهر اختيار الشيخ نجم الدين وفتوى
المختلف واطلق ابن ابي عقيل اعتبارها لعموم قوله تع من بعد وصية
يوصي بها او دين ولان الرد حق للورثة فرضاهم بالوصية مسقط
لذكر من المشتري بالعيب ولان الاستحقاق المال دائر بين الموصى له
والوارث فاذا رضي كل منهما يلزم الاجازة لانه حق لهما ولما رواه
منصور بن حازم في الصحيح ومحمد بن مسلم في الحسن كلاهما عن الصادق ع
في رجل اوصى بوصية وورثته شهود فاجازوا ذلك فلما مات الرجل
نقضوا الوصية هل لهم ان يردوا ما اقروا به قال ليس لهم ذلك
والوصية جايزة عليهم اذا اقروا بها في حياته وادعى الشيخ على ذلك
اجماعنا والثاني عدم اعتبارها وهو مذهب شيخنا ابي عبد الله المفيد
وسلار وابن ادريس لانها اجازة فيما لا يستحقونه فجرت اجازتهم

مجرى

مجرى ردهم واجاب المص بمنع التوقف على الاستحقاق بل يكفي مشارفته
والفرق بين الرد والاجازة اذا وقعا حال الحياة ان الرد والاجازة
لعقيدة دوام الوصية فهو كتجددها فيكون واقعا له بخلاف الاجازة
فان الدوام يؤكدها قوله رحمه الله ولو اوصى لمعتق مما لكه
بطل المختص والمشترك ولا يقوم على راي اقول هذا مذهب الشيخ
في المبسوط وابن ادريس ونجم الدين لان ملكه زال بالموت الا القدر
الذي استثناه فلا يقوم حينئذ وهو مختار القواعد وذهب الشيخ
في النهاية وابن البراج والمصنف في المختلف الى التقويم لانه اوجد سبب
السراية في المعتق لاستناد العتق في الحقيقة اليه ولهذا له ولاؤه
فيضمن حسبه ويؤيده ما رواه احمد بن زياد عن ابي الحسن ع
قال سالته عن الرجل تحضره الوفاة وله المماليك لخاصة نفسه وله
مماليك في شركة رجل آخر فيوصي في وصيته مماليكي احرار ما حال
مماليكه الذين في الشركة فكتب يقومون عليه ان كان ماله يحتمل فهم احرار
قوله رحمه الله ولو اوصى بوجوه فنسي الوصي وجها وجعل في البر
على راي اقول هذا مذهب الصدوق والمفيد والشيخ في اكثر كتبه
وابن البراج ونجم الدين للنهي عن التبديل وجعله ميراثا تبديل وخروج
بالوصية عن ملك الورثة وقد حصل مالكه فيتصرف في وجوه البر لغيره
من الاموال المجهولة المستحق لما رواه محمد بن ريان قال كتبت اليه يعني
علي بن محمد ع اساله عن انسان يوصي بوصية فلم يحفظ الوصي الا بابا
واحدا منها كيف يصنع بالباقي فوقع ع الابواب الباقية اجعلها في البر

وذهب الشيخ في جواب المسائل الحائريات الى انه يعود ميراثا وهو ظاهر
اختيار ابن ادريس لامتناع القيام بالوصية لعدم التعيين ولم يذكر غيرها
فيكون عنقا بلا اصل فينبغي على ملك الورثة واجيب بان علم البعض
لا اثر له في بطلان مطلق الوصية قوله رحمه الله ولو الصندوق اوصى
او سفينة او جراب دخل المظروف على راى اقول هذا مذهب الصدوق
وابن الجنيد والشيخين وابي الصلاح وابن البراج ونجم الدين وان
اختلفت عباراتهم فان الشيخ قيد الموصى بالعدالة وعدم التهمة
واطلق المفيد وابن ادريس والظاهر ان مراد الشيخ الاقرار وتعويلهم
عقبة بن خالد عن الصادق ع قال سالته عن رجل قال هذه السفينة لفلان
ولم يسم ما فيها وفيها طعام ايعطاها الرجل وما فيها قال هي للذي
اوصى له بها الا ان يكون صاحبها متهما وليس للورثة شيء والمفيد
رحمه الله قيد الصندوق بالقفل والجراب بالمشدود والوعاء
بالمختوم ونحوه قال ابو الصلاح والشيخ والصدوق اطلقا وتعويلهم
جميعا على ما رواه ابو جميلة عن الرضا ع قال سالته عن رجل اوصى
لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حليه فقال له الورثة انما لك النصل
وليس لك المال فقال لا بل السيف بما فيه له قال قلت رجل اوصى لرجل
بصندوق وفيه مال فقال الورثة انما لك الصندوق وليس لك المال
قال فقال ابو الحسن ع الصندوق بما فيه له والمص عمم الحكم في الظرف
والمظروف وليس في الروايات دلالة عليه صريحا الا ان يلغى محل السؤال ونقل
الشيخ نجم الدين في الشرايع قولا اخر وزعم انه بعيد واطه في المختلف

قال ان

قال ان وجدت قرينة حالية او مقالية تقتضي المظروف دخل والا فلا كما
لو اوصى لمن يفتح بالكيس او لموكله بالصندوق وحمل الروايات على ذلك
قوله رحمه الله ولو اوصى باخراج وارث بطل على راي وصح من الثلث
على راي اقول البطلان مذهب الشيخ وابن البراج وابن ادريس ونجم
الدين لانها وصية بغير المعروف ولانه مخالف المقتضى الكتاب كقوله
تعالى واولوا الارحام بعضهم اولى ببعض وقوله تعالى يوصيكم الله في
اولادكم ولما رواه سعد بن سعد قال سالته يعني الرضا ع عن رجل
كان له ابن يدعيه فنفاه ثم اخرجه من الميراث وانا وصيه فكيف اصنع
فقال ع لزمه الولد لاقراره بالمشهد لا يدفعه الوصي عن شيء قد علمه
ويفهم من كلام الصدوق في الجواب مقيدا بالحديث الذي كره في الرد
وهو ما رواه محمد بن يحيى عن وصي علي بن السري عن الكاظم ع حيث
ساله ان علي بن السري اوصى الي باخراج ولده جعفر من الميراث وكان
قد وقع على ام ولد لابيه فقال ع اخرجه فان كنت صادقا فسيصيبه خبل قال الوصي فرجعت فقدمني الى ابو يوسف القاضي قال لي
اليه فقلت اريد ان اكلمك قال قال ذلك فدنوت فجئت فحكى كلامي فقلت له
هذا وقع على ام ولد لابيه فامرني ابوه واوصى ان اخرجه من الميراث
ولا اورثه شيئا فاتيت موسى بن جعفر ع واخبرته وسالته فامرني ان
اخرجه من الميراث ولا اورثه شيئا فقال الله ان ابا الحسن امرك فقلت نعم
فاستحلفني ثلاثا ثم قال ثم انفذ ما امرك فالقول قوله قال الوصي فاصابه
الخبل بعد ذلك اقول هو المعروف بجعفر الموسوس وهو مقعد ومع عقلا

المجانين والراي الاحوط هو صحة اخراجه من الثلث خاصة احتمله الشيخ نجم الدين
واختاره المصنف في المختلف وعنى اذا اخرجه من التركه مستلزم لتخصيص
باقي الورثه لها فكانه اوصي لهم بها فيمضي من الثلث بمعني حرمان الموصي
باخراجه من الثلث ومشاركتهم في الباقي ان كان مع مساو واختصاصه
ان لم يكن ويلزم منه انه لو اجاز الوصيه بالاخراج كان ماضيا
في الجميع لمن عداه ومنع بعضهم الاستلزام لان اخراجه اعم من الوصيه
لهم ولا يستلزم العام الخاص والشيخ قصر الحكم بالروايه على القضيه
لجواز علمه ع بما يوجب ذلك واعلم ان الروايه وردت في اخراج
الولد فلو فرض العمل بها فيه لم يتعد الى غيره لمخالفته الاصل واما الاصحاب
ففرضوا المسله في الوارث ولو كان الفرض عاما لو لم يكن حسنا تبعا
لصورة الروايه قوله رحمه الله ولو اوصي بالمنفعه مدة او على التابيد
الي قوله وفي المويد قيل تقوم العين والمنفعه معا ويخرجان من الثلث
لان عبدا لا منفعه له لا قيمة وقيل تقوم الرقبه على الورثه والمنفعه
على الموصى له فاذا قيل وقيمة العبد بمنفعته مايه وقيل قيمته ولا منفعه
فيه عشره فعلم ان قيمته تسعون قوله حكي الشيخ في المبسوط المسله
ثلاثة اقوال احدها تقويم العين والمنفعه معا على الموصى له ويخرجان
من الثلث لان القصد من العين انما هو المنفعه فاذا استحقها الغير على
التابيد كان بمنزلة اتلاف الرقبه فينتفي قيمتها ولقايل ان يقول اذا
كان العبد بغير منفعه لا قيمة له فالقيمه انما هي للمنفعه فلا حاجه الى
تقويم العين على الورثه ولا على الموصي له وهذا هو القول الثاني وله

ان يمنع

ان يمنع خروجه على التقويم اذ يصح بيعه وعتقه حتى في الكفاره على احتمال
وما هذا حقيقه تستحيل خلوه عن القيمه بحيث تحسب الرقبه على الورثه
والمنفعه الى الموصي له وهذا هو القول الثالث ولعله الاقرب والحيلوله
هنا ليست شاملة لجميع المنافع لاستثنا العتق كما ذكرناه سلمنا لكن
الحيلوله لا توجب الضمان وكذا يتحقق الضمان بها في الغاصب بسبب
العدوان وهو متحقق هنا والشيخ في المبسوط اختار الثاني قوله رحمه
الله ولو اوصي بلفظ مشترك فللورثه الخيار ان كان المعنيان له او فعلا
عنه ولو كانا احدهما تعين ان اضاف ويحمل الظاهر على ظاهره الا ان
يعين غيره والمتواطي يتخير الوارث بالتعيين في احد جزئياته قوله لا
فرق بين الوصيه باللفظ المشترك او بالمتواطي في وهو تخيير الوارث في اعطا
كل ما صدق عليه اللفظ لعموم بينهما فرق في المعنى فان المشترك هو اللفظ
الموضوع لحقايق فما زاد وضعا اولا من حيث هو كذلك كالعين والعود
والمتواطي هو اللفظ الموضوع لمعني يقع على كثيرين كالعبد والجاريه وهنا
اشكال في تخيير الوارث اذ الوصيه بالمتواطي وصية بالماهيه الصادقه
على كل منهما فالمقصود تلك الماهيه والخصوصيه تابعه واما في المشترك
فيحتمل ذلك ايضا الصدق الاسم ويحتمل القرعه ليقدم الوصيه على
حق الوارث فلا يقبل تعيينه لتفاوت الغرض فيه ويضعف بان للقرعه شانا
ما هو معين في نفس الامر وليس ههنا قوله ولو كان له احدها تعين
ان اضاف اي ان قال قوسي وليس له واحد كقوس النشاب مثلا تعين
للعطيه لصدق اللفظ عليه واضافتها الى نفسه فيتخصص ويحمل

الظاهر على ظاهره كتحققه وهي استعمال اللفظ فيما وضعه الواضع له في
اصطلاح المتخاطبين كما اذا قال اعطوه دابه فانه يعطى الفرس الا ان
يكون اعرف قومه مخالفا لذلك واسدا فانه يعطى السبع الا ان يريد
بالدابة الحمار مثلا وبالاسد عبدا شجاعا ويعلم ذلك منه بقرينه
حاليه او مقاليه فيتبع ارادته وقال ابن البراج اذا اوصى له بدابة
عرفا لا يعطى من الابل والبقر بلا خلاف لعدم تسميته دابه عرفا وهو
نزاع لفظي قوله رحمه الله يشترط في الموصى العقل والاسلام والعدالة
على راي اقول لا خلاف في اعتبار العقل والاسلام في الموصي المنفرد وفي
المنتظم الى الكامل احتمال الجواز زوال المانع كالصبي والاقوى المنع
ايضا واما العداله فقد اعتبرها المص هنا وفي القواعد وتردد في
التحرير واعتبارها اختيار الشيخين واتباعهما لان الوصية امانه
ولا شي من الفاسق باهل للامانه وذهب نجم الدين في النافع والمص
في المختلف الى عدم الاعتبار لانها ولايه تابعه لاختيار الموصي كالولايه
ولمنع كبرى القياس في الاول اذ يجوز ايداع الفاسق وتوكيله وهذا
القول هو الذي نصره ابن ادريس بعد تردده ولقايل ان يفرق بين
الوصيه والوكاله لمراعاة الموكل حال الوكيل في كل وقت ولانه في الوكاله
مسلط على مال نفسه وهنا على مال الطفل فلا كتوكيل الذي يشترط فيه
ولعل الاقرب الاول لانه تولاه للنهي المذكور الى الظالم اذ الفاسق ظالم
وهو منهي عنه وربما قيل ان اختيار الموصي مقبول ولا شي من اختيار
الفاسق بمقبول اما الصغرى فظاهره لقبوله في النفقه وايفاء الديون

الثابتة

٧٦

الثابتة شرعا واما الكبرى فلقوله تع ان جاكم فاسق فتبينوا ويشكل
بانه ان اريد به القبول من غير يمين منعنا الصغرى وان اريد مطلقا
منعنا الكبرى لقبول قول الفاسق بيمينه في كل ما يقبل فيه قول العدل
والايه الكريمه والمراد بها ما طريقه الروايه قوله رحمه الله ويعتبر
الصفات حال الوصيه وقيل حال الموت اقول يريد الصفات البلوغ
والعقل والاسلام والعداله والحريه وهتدا الوصي الى فعل ما اوصى
فيه وفي وقت اعتبارها ثلثه اقوال نقلها الشيخ في ط مع اتفاق
الاقوال على اعتبارها حالة الوفاه آ انها تعتبر حال الوصيه لانها حاله
القبول والاستيمان والركون اليه ومخاطبته بالعقد وحالة الوفاه
لانها حالة ثبوت التصرف وهو لا عبره بالمتقدم لعدم نفوذ تصرفه اختيار ح وابن ادريس وط
ح في المعتبر الثالث اعتبارها في جميع الحالات من حين الوصيه الى حين الوفاه عملا
بالاحتياط قوله رحمه الله ولو اذن للوصي ان يوصي جاز والا فلا
على راي اقول الموصي اما ان يمنع الوصي من الايصا فلا يجوز اجماعا
او يامره به فيجوز اجماعا فالخلاف مع السكوت فذهب المصنف
طاب ثراه الى المنع من الايصاء وهو مذهب شيخنا المفيد وابي الصلاح
وابن ادريس ونجم الدين لبطلان الولايه والاصل عدم تسلط
الغير على مال غيره والان الولايه تبع لاختيار الموصي وهو مقصور عليه
وذهب الشيخ في النهايه وابن الجنيد والقاضي الى الجواز لجواز التوكيل
فا[illegible] ايضا وهو عدم تسلط الغير على مال غيره لان الموصي ملك ما
ملكه الجد من التصرف فكما جاز للجد الايصا فكذا له ولما رواه الصفا

اختيار نجم الدين الثاني اعتبارها حال الوفاة لانها حال ثبوت الولايه وم

في الصحيح قال كتبت الى ابي محمد الحسن بن علي عم رجل كان وصي رجل فمات
واوصى الى رجل هل يلزم الموصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه
فكتب عم يلزمه بحقه ان كان له قبله حق ان شاء الله قالوا والظاهر
ان المراد بالحق هنا حق الايمان واجيب بانا لا نسلم انه ملكها
بملكه للحق سلمنا لكن ملكه في الحياة فلم قلتم ببقائه مع انقطاعه
بالوفاة واما الرواية فمحمله المص في المختلف على ما اذا اوصى الموصي
بذلك ولهذا قال عم ان كان قبل حق وهو اولى من جعل الحق حق الايمان
قوله رحمه الله ولو اوصى بنصيب ولده احتمل التثليث والبطلان
اقول وجه احتمال التثليث انه صرفنا الى مثل نصيب ولده لان اللفظ اذا
تعذر حمله على حقيقته حمل على مجازه وهو هنا كذلك كما في الكلام المسلم
على المسلم عند التعذر ولانه وصية بجميع المال وببعضه وكان صحيحا
غايته توقفه على الاجازة وهو اختيار نجم الدين ووجه البطلان انه وصيه
بمستحق ولده فجرى مجرى الوصية بمال ولده ولانه باطل ولانه لو صحت الوصيه
لتوقفت على بطلانها اذ هي متوقفة على دخول النصيب الابن والنصيب
له حتى تبطل الوصيه اذ لا ملك الا بعد خروج الوصيه او بطلانها
والخروج غير متحقق فنفى البطلان ويمكن الجواب بان للولد نصيبا
بالقوة لولا الوصيه هذا مع ان الوصيه مع الصحه ليست بمعنى
النصيب حتى يلزم المحال انما هي بمثله قوله رحمه الله ولو اوصى
لضعف نصيبه فهو مثلاه والضعفان ثلاثة امثاله على راي وكذا ضعف
الضعف اقول نقل الشيخ في الخلاف عن كافة الفقهاء والعلماء ان الضعف
مثلا

مثلا الشي واحتج بقوله تعالى ضعف الحياة وضعف الممات فاوليك لهم
جزا الضعف وبما روي ان عمر اضعف الصدقة على نصارى بني تغلب ومن
المعلوم انه كان ياخذ منهم زكاتين من كل الاد تعين شاتين وقال ابو
عبيد ابن سالم ضعف الشي مثله لقوله تع يضاعف لها العذاب ضعفين
ولا خلاف في وجوب حدين عليها وقال ابو عبيدة بن المثنى ضعف الشي
هو ومثله وضعفاه هو ومثلاه وقال الخليل الضعف ان يزاد على
اصل الشي فيجعل مثلين او اكثر وكذلك الاضعاف والمضاعفه وقال
الازهري الضعف المثل فما فوقه قال الجوهري ضعف الشي مثله
وضعفاه مثلاه والضعاف امثاله وما اختاره المص هنا من ان الوصيه
لضعف النصيب ثلاثة امثاله هو مذهب الفقهاء ونجم الدين اخذا
بالمتيقن ولاضافة الضعف الى النصيب وهو مثلاه فيكون ثلثه هكذا
حكاه الشيخ في الخلاف وفي هذا الاستدلال نظر واختار في المبسوط
والخلاف انه اربعه امثاله وهو مذهب الجمهور لان الضعف المثلان
وقد بيناه فيجب اربعة امثاله واما ضعف الضعف فالقول بانه ثلاثة امثال
شي ذكره نجم الدين وهو مخالف لمذهب الشيخ في الكتابين والظاهر
ان الفقهاء على الاربعه ويخالف ايضا النقلين لان الضعف ان كان هو
المثل فهو مثلان ويحتمل واحد لانه في قوة مثل المثل وان كان مثلين
فهو ستة امثاله الا ان يقال هو في الاول مثلان وفي الثاني مثلات
كان ثلاثة امثاله الا انه تحكم وربما قيل ان الضعف هو ضم الشي الى مثله
فالضعف الاول مثلان والثاني ضم مثل الاخر اليهما فيكون وهذا يتم

لو كان ضعفا النصيب اما ضعف الضعف فانه لنضم مثل النصيب الذي
قد اعتق فيتم بانه مثلاً الى المثلين فيكون اربعه واما ضعف الضعف
فالقول بانه مثله امثال شيخي ذكره نجم الدين قوله رحمه الله فلو اوصى
له بعبد ولاخر بتمام الثلث بعد نجد ذعيب قبل تسليم العبد للموصى
له الاخر التكمله بعد وضع قيمتا الصحيح قوله لكن قيمة العبد مايه والمال
خمس مايه واذا احدث في العبد عيب فنقصت قيمته فليفرض نقصتها
خمسين فيقول صار المال جميعه خمس مايه وخمسين هذا اذا كان
حدوث العيب قبل الوفاه فاذا اخذ الموصى له العبد فصار الثلث بعد
اسقاط المايه ثلاثه وثمانون وثلث وهي التكمله الموصى بها ولو فرض موت
موت العبد كان للموصى له الثاني ثلاثه وستون وثلث الا الثلث انه
في الصورتين ياخذ مايه لانه تصل الى الورثه الثلثان والاخر
لا يقال يلزم من ذلك ان يعتبر الثلث حال الوصيه وهذا باطل لان الاعتبار
بالثلث عند الوفاه ولهذا لو فرض بعض المال بخير العبد كان ينقص مايه
مثلاً فانه يجري مجرى موت العبد اما لو كان تلفه بعد قبض الوارث
الواقع بعد الوفاه فانه يكون محسوبا عليهم بمعنى ان الموصى له الثاني
يكون له المايه بتمامها هذا كله على تقدير ان يكون بعد وضع قيمة العبد
صحيحا في الثلث فصل اما لو كان مستوعبا له بطلت الوصيه قوله رحمه
الله ولو اتصل الى المريض من يعتق عليه بغير عوض عتق وورث وكذا ان
كان بعوض يخرج من الثلث والا عتق الثلث على راي قوله اذا انتقل
الى المريض من يعتق عليه كابنه مثلاً فاما ان يكون بعوض او غيره وعلى

التقدير

التقديرين فاما ان يكون الملك قهريا او اختياريا كالهبه فاذا ملكه بعوض
فاما ان يكون العوض مملوكا او لا فالاقسام ستة الاول ان يملكه بعوض مملوك
اختيارا كالشرا فمن قال المنجزات من الاصل على ما سنبينه فانه يكون من
الاصل وهو ظاهر ومن قال انها من الثلث ففيه وجهان احدهما انه
يعتق من الثلث كما اختاره هنا وفي الاحكام المعتق به من القواعد
لان تملكه باختياره سبب في عتقه فجرى مجرى المباشره خصوصا عند
من يجعل القادر على السبب قادرا على المسبب كالخاصي وثانيهما انه
يعتق من الاصل وهو اختيار المصنف في كيفية التنفيذ من القواعد ايضا
لانه انما يحجر عليه في التبرعات والشرا ليس بتبرع فلا يكون محجورا
عليه فيه والعتق حصل بغير اختياره فلا يعتبر فيه الثلث الثاني ان يملكه
بعوض مملوك ملكا قهريا كما لو كان فديته في الصحه او في المرض وان
جوزنا كونه من الاصل انه اذا وجد قريبه يباع بعوض هو قادر عليه
اشتراه فان هذا من الاصل على القولين ويحتمل ضعيفا كونه من الثلث
لحصول السبب المقتضي للتصرف في المرض وفي هذا المثال نظر الثالث
ان يملكه بعوض غير مملوك قهريا او اختياريا امكن القهري كما لو اجر
نفسه للخدمه وهذا من الاصل على القولين الرابع ملكه بغير عوض قهرا كالارث
وهذا من الاصل ايضا لعدم الاختيار في السبب ولا في المسبب الخامس ملكه
بغير عوض اختيارا كالهبه فعلى القول بعدم الحجر في المنجزات فهو من وعلى
القول الاخر فيه احتمالان احدهما انه من الاصل لانه انما يعتبر من الثلث
ما خرج من ملك الميت وهنا لم يخرج شي لانه ملكه بنفس القبول والعتق

عليه شيئاً الملك وادعى الشيخ نجم الدين على هذا الحكم الاجماع منا وقال شيخنا
فخر الدين في الاسئلة الآملية على هذا المطلب وان ذلك مشتمل على دخول ملك
وخروج آخر وليس في مقابلة الدخول ملك عوض ليمكن اعتبار الثلث والخروج
قهري لاستحالة قبول الملك لتملكه في الآن الثاني ولان الملك في الآن
الاول وفي الآن الثاني متضادان ولا يخرج الضدان عن التضاد
باعتبار خارج وثانيهما انه من الثلث لما قلنا من ان القدرة على السبب
قدرة على المسبب فقواه المص في التحرير ونقله عن بعض العامة ولا يلزم من
كون الخروج حال الخروج قهرياً كونه من الاصل وانما يلزم ذلك ان لو لم
يكن مستنداً الى اختيار المريض في التملك لكنه مستند وتضاد الملكين
مسلم واللازم منه عدم اجتماعهما والثابت الملك في الآن الاول
فينتفي الملك في الثاني ولا يلزم من ذلك كونه من الاصل والكلام انما وقع
فيه واما الارث فانه اذا قيل بالعتق قد جميعه او بالعتاق بعضه
ولم يكن هناك صاحب ورثة الاجتماع بشرائط الارث وخالف فيه
بعض العامة قوله رحمه الله واما المنجزات الواقعة في مرض الموت
الممنوع بها كالهبة والعتق ففيها قولان اقربهما انها من الثلث اقول
قد تقدم ذكر الخلاف في باب المفلس ويقول هنا المنجز الحاضر قال الجوهري
الناجز الحاضر يقال بيعاً ناجزاً بناجز اي يداً بيد قال الشاعر
فما ذا تناشر كالهموم فانها لحال وناجز ه وفي الحديث لا يبيعوا
حاضراً الا بناجز وقال الهروي يعني في الصرف بقول لا يجوز الا كذلك
يقال نجز ينجز اذا حضر وحصل وانجز وعده اذا احضره والمناجزة في
الحرب

الحرب المحاجزة اذا عرفت ذلك فاعلم ان كل تصرف وقع في المرض الذي
يتفق معه الموت سواء كان بيعاً مشتملاً على محاباة او مطلقاً او التزاماً
بمال اعتباطاً فيه من فسخ الخيار او عتقاً او تزويج المراة نفسها بدون
مهر المثل او اجارته ملكه نفسه بدون اجرة المثل او تخصيص بعض الغرماء
بالايفاء او اقرار الوارث او لاجنبي او نذر اخراج مال او مشبهه
من عهد او يمين غيرهما او نفقه على نفسه بالمعروف ومطلقاً او على حب
للنفقه او اخراج واجب كالخمس والزكاة وان حصل سببها في المرض
او ارش جناية فللاصحاب فيه عبارات او ب كونها من الاصل في الجملة
او الثلث في الجملة وقد تقدم وذكر المخالف ج كونها من الجملة الثلث الا
في مواضع التزويج وان كان باقل مهر المثل في حق الزوجة ولم يخرج
من الثلث وهو اختيار المصنف في القواعد وفي حكمه لو اجر نفسه باقل
من اجرة المثل لان ليس اخراج مال من التركة بل هو اكتساب د عتق
القريب اذا ورثه او اتهبه او اوصى له به كما تقدم ه نفوذ ما خص
به بعض الديان من الاصل لانه اخراج لبعض ما وجب عليه اخراج مطلقاً
وهو غير ممنوع منه ويحتمل عدم لتساويهم في الاستحقاق كالمفلس
وهو ضعيف و ما نذره في مرضه وهو احتمال المص وتوجيهه عموم
اخراج كل واجب من الاصل وهو واجب والاقوى عدم لتعلق النذر
بمال ممنوع من صرفه فيما نذره كما لو نذر المفلس الصدقة بماله قبل القسمة
ز اختلفت عباراتهم في الاقرار على وجوه ا مضيه من الاصل مطلقاً اي
سواء كان لوارث او لاجنبي وسواء كان متهما او لا وهو ظاهر قول سلار وعبارة ابن

ادريس للاجماع على ان اقرار العقلا على انفسهم جايز ب مضية الثلث
في حق الوارث مطلقا وهو قول الصدوق في المقنع ج مضية من الاصل
مع العدالة وانتفا التهمة مطلقا ومن الثلث مع عدم الشرطين مطلقا
وهو قول الشيخ في النهاية والقاضي ورواية الصدوق فيمن لا يحضره الفقيه
د مضية من الاصل مع الشرطين للوارث وللاجنبي اذا اقر باندونه
وهناك دين محيط بالتركة وهو قول المفيد وقواه في الاقرار بالدين لخاصه
المنزله واطلق ه مضية من الاصل للاجنبي مطلقا وللوارث من الثلث
مع التهمة وهو قول ابن حمزه و مضية من الاصل مطلقا مع انتفا التهمة
ومعها من الثلث مطلقا وهو قول الشيخ نجم الدين في الشرايع ز مضية من
الثلث للاجنبي مع التهمة ومن الاصل لا معها وللوارث من الثلث مطلقا
وهو قوله في النافع ح اطلق الشيخ في الخلاف مقاصة الاجنبي للدين
اذا اقر في المرض وصحة الاقرار للوارث ولم يبين لنفسه قال شيخنا
ومراده ما فصله في النهاية وهو رد على ابن ادريس حيث قال انه رجوع عن
ذلك في الخلاف ط ما باعه بثمن المثل وهو اختيار المصنف في بعض كتبه ويحتمل
كونه من الثلث على قول المصنف لتعلق الغرض باعيان الاموال اما لو اوصى
ببيعه كان من الثلث على قول المصنف وفي الفرق اشكال لتايس من الاعيان ان
اعتبرت فهو من الثلث فيهما والا فمن الاصل فيهما ي ما نقص بالتنقيص
يجري مجرى الاتلاف ويحتمل عدمه لاستلزامه اكثر من الثلث يا مهر
المنكوحة بالعقد الصحيح وهو قول شيخنا المصنف قال الشيخ في المبسوط هو من
الثلث وتردد الشيخ نجم الدين نظرا الى انه كارش الجناية والى زيادته

على الثلث

على الثلث وعموم المنع من التصرف فيما زاد عنه يب نفوذ اجارة المريض في بيع الموزون
الصحيح يختار من الاصل لنا على انتقال المبيع بالعقد لانه لم يملك بل رضي ببيع صحيح
ويحتمل كونه من الثلث لان الاستقرار حصل باجازته فصار كما لو ملكه وهذه العبارة
عند التحقيق كلها ترجع الى قولي الاطلاق والقول بالتفصيل لنا على ما اختاره
المصنف في وجوه احسنها انه ان كانت الموجزات من الثلث والمنجزات
كذلك والمقدم حق بالاجماع فكذا التالي وبيان الملازمة ان المقتضي
لحصر الوصيه في الثلث النظر الى الوارث والشفقه عليهم وهذه العلة
منبه عليها في كلام الايمة عليهم السلام وهي موجوده هنا هكذا قال المصنف
في المختلف وفيه نظر ولمنع الملازمة والعلة ضعيفه لانها ليست منصوصه
وتنتقض بره فهو منقوض بالصحيح مع انسحاب الدليل فيه لا يقال هل
مرض ملك الورثه في الحيات بخلاف الصحيح لانا نقول رب مريض عاش
اكثر من صحيح على انه ربما كان في حال الملازمه التي يغلب معها الظن
بالتلف ابلغ من المرض وثانيها انه لولا كون المنجزات من الثلث لاصلت
حكمة حصر الوصيه في الثلث والتالي باطل فكذا المقدم وبيان الملازمه
انه لولاه لا لتجا كل من يريد الزيادة في الوصيه على الثلث العطايا المنجزه
فيحتمل الحكمة هذا قرره ايضا وفيه نظر اذ الخوف هو الذي يمنعه من
الزيادة بخلاف ما بعد الموت ولا اختلاف وثالثها رواية علي بن عقبه
في عتق العبد وقد تقدمت قال بعضهم هي مخصوصه بالعتق فلا تعم
وهو ضعيف لعدم القايل بالفرق ورابعها صحيح شعيب بن يعقوب قال سالت

اباعبدالله عم عن الرجل يموت ماله من ماله فقال له ثلث ماله وللمراه ايضا وفيها
نظر لانها ليست صريحه في المطلوب بل لا انها على ما بعد الموت اولى لانه
قال يموت وهو وان كان مستقبلا الا ان ظاهره المضي وخامسها صحيح
علي بن يقطين قال سالت ابا الحسن عم ما للرجل من ماله عند موته قال الثلث
والثلث كثير وقد تقرر في الاصول ان جواب فالاستفهام يفيد العموم
والكلام عليها كالتي قبلها الا ان هذه ارجح دلالة على المطلوب وسادس
روايتي ابي ولاد قال سالت الصادق عم عن الرجل يكون لامراته
عليه الدين فتبريه من مرضها قال بل تهبه له فيجوز هبتها ويحسب ذلك
من ثلثها ان كانت تركت شيئا احتج القائلون بانها المنجزات من الاصل
بوجوه احدها انه مالك تصرف في ملكه فيكون سائغا والصغرى
مقدمه والثانيه لقوله عم الناس مسلطون على اموالهم خرج منه ما
بعد الموت فيبقى الباقي وثانيها اصالة الجواز وثالثها انه لولا صحتها
في الحال لما لزمت بالبرء والتالي باطل فكذا المقدم ورابعها ما رواه
عمار عن الصادق عم قال الرجل احق بماله ما دام فيه الروح ان اوصى
به كله فهو جائز وما رواه عمار الساباطي عن ابي عبد الله عم في الرجل
يجعل بعض ماله لرجل في مرضه فقال اذا ابانه جاز ومما رواه عمار ايضا
عن الصادق عم قال الميت احق بماله ما دام فيه الروح يبين به قال فان تعدى فليس
له الا الثلث وخامسها ما رواه سماعه عن ابي بصير عن ابي عبد الله عم قال قلت له الرجل
له الولد يسعه ان يجعل ماله لقرابته فقال هو ماله يصنع به ما شاء الى ان ياتيه الموت
فان اوصى به فليس له الا الثلث الا ان الفضل في ان لا يضيع من يعول ولا يضر بورثته والجواب

متع

٣٣

منع كلية الكبرى في الاول والحديث مخصوص بالروايات المتقدمه لانها خاصه والخاص
مقدم على العام والاصل لا يتم الا سليم مع وجود الدليل على خلافه والثالث
ضعيف جدا لعدم الملازمه ولا يلزم من الصحه اللزوم ولو قال الا لزومها
في الحال لما لزمت بالبرء يتبعه لا من الجايز ان يكون الموت كاشفا عن الصحه
واللزوم كتصرف الفضولي والروايات في طريقها عمار وسماعه
وهما فاسدا الراي فلا تعارض روايتهما الصحاح وهو يشكل على انهما
ثقتان ومحمول روايتهما اقوى من متون الروايات المتقدمه وربما
رجح القول الاخير ونصره في الاستبصار قوله رحمه الله ولو برئ
لزمت اجماعا سواء كان المرض مخوفا او لا على راي اقول اعلم ان للمرض
طرفين وواسطه اما الحكم بالصحه كوجع العين والضرس وحمى يوم
والفالج والسل المستمر لنشاطه ولا يزمانهما فهذا ليس بمخوف ب ما
علم الموت معه عاده كقطع الحلقوم والمري وشق الجوف واخراج
الحشوه واما الواسطه فالمرض الذي لا يبعد معه التلف ولا يتيقن
معه كالحمى المطبقه لا كالحمى الربع والغب الا ان ينضم اليها برسام او
رعاف دائم او ذات جنب والطاعون والاسهال المفرط وابتداء الفالج
والجرح الواصل الى الدماغ والحاصل في اليد فلا يتخذ مقارنا للمحل انتقاع فلام
والضربان او الناكل لا مع عدمها ولو اشكل المرض رجع الى الاطباء المسلمين
العدول فيه ولا بد من شاهدين منهم المنذر بالموت وكالمسن البدن
كظهور الطاعون واقامة البينه عليه بما يوجب القتل وللمراه والطلق
مع عدم موت الولد وكالاسير اذا وقع في ايدي المشركين وركوب البحر

وقت التموج فليس لمرض عندنا ولا خلاف انه لا يمنع من التبرعات اذا عرفت
قلا صحابنا القايلين بان منجزات المريض من الثلث هنا قولان احدهما
ان المخوف يمنع من الزايد على الثلث وغيره لا يمنع وهو مذهب الشيخ في ط
جاريا مجرى الصحه لرواية ابن يقطين المتقدمه فان فيها عند الموت
وذلك لا يكون الا باراة الموت وذهب الشيخ نجم الدين والمصنف الى ان كل
تصرف وقع في مرض اتفق معه الموت فانه من الثلث سوا كان مخوفا او
لا لحصول مسمى المرض الذي تناوله الروايات من غير تخصيص
والعموم لا يخص بذكر بعضه ودلالة المفهوم ضعيفه على ان قوله عند
الموت يمكن ان معناه اذا حصل الموت وهو اعم من المخوف وغيره
قوله رحمه الله ولو خصص نصيب كل وارث في عين فالوجه اعتبار
الاجازه قوله يريد لو كان له وارث متعدد كاثنين مثلا وخصص
نصيب كل واحد منهما في عين بقدر نصيبه فالوجه وقوفه على
الاجازه وانما كان وجها التساوي الوارث في اعيان ماله وتعلق
الغرض بكل عين منها فترجيح بعضه باعطا العين دون من عداه مع
تساويهم في النسب يكون وصية او تبرعا منجزا من غير عوض عليم وكل ما كان كذلك
وقف على الاجازه والزياده على الثلث فيحتمل نفوذ التخصيص ولا يتوقف
على الاجازه لان كل وارث يستحق في تركته مقدار ما خصهم به والمعتبر
القيمه فيجري مجرى ما لو باع بثمن المثل وهو ضعيف لظهور الغرض في اعيان
الاموال قوله رحمه الله ولو باع الربوي المستوعب للتركه بمساويه جنسا و
قيمة الضعف بداع مع الورثة في ثلث المبيع قوله الضعف وقيمة الضعف
يراجع

وي
يراجع الى ما باعه اي وقيمة ما باعه الضعف كان يبيعه قفيز حنطة يساوي
سته دنانير بقفيز حنطه يساوي ثلثة دنانير ولا شي له سواه فقد
حاباه بنصف تركته وهي غير جايزه فيما زاد على الثلث فلا يمكن القول
بصحة البيع في المبيع اجمع لمنافاة خروجه من الثلث ولا البطلان فيه
اجمع لانه عقد صدر من اهله في محله وكان معتبرا في نظر الشارع ه
فتبعض الصحه في البعض والفساد في الباقي ولا يجوز رد سدس القفيز
على الورثة لتبقى المحاباه والا لزم الربا المنهي عنه في البيع اجماعا فالطريق
الى تحصيل قدر المحاباه وهو الثلث من غير لزوم ربا ان يزاد ثلث
قفيز فياخذ الورثة من المشتري ثلث قفيزهم وهو يساوي دينارين
ويردون ثلث قفيزه وهو يساوي ثلث دينار فيجتمع مع الورثة اربعة
دنانير ويبقى مع المشتري اربعة دنانير دينار زايد في مقابلة قيمة ثلثي
قفيز ودينار زايد بالمحاباه ومع الورثة قدرها مرتين ولو كانت قيمة
قفيزه تسعة دنانير والحال هذه فقد حابى بثلثي تركته فيما او ات
المنصف مرجع الى الورثة نصف قفيزهم وهو تساوي اربعة دنانير
ونصف دينار و نصف في مقابلة نصف قفيزه ويبقى معه ثلثة دنانير ه
بالمحاباه فيما مع الورثة ثلث ما صحت المحاباه فيه مرتين والضابط فيه انه
يجب ان يبقى مع الورثة ما صحت فيه المحاباه من غير لزوم الربا وطريقه
ان تسقط قيمة قفيز المشتري من قيمة قفيز الورثة وتنسب ثلث
المبيع الى الباقي فيصح البيع في تلك النسبه ففي المسئلة الاولى اذا اسقط
ثلثه دنانير من سته فاذا اليها دينار ان كان ثلثيها فيصح البيع في ثلثي

كل واحد ويزداد الثلث وفي الثانيه اذا اسقط ثلثه دنانير من تسعة بقي
سته فاذا نسب الثلث اليها وهو ثلثه دنانير كان النصف فيصح فيه
ويزداد النصف الاخر والاصل فيه ان يقول المسئله دوريه وذلك
لانه لما تقرر ان البيع انما يصح في البعض بالبعض توقف معرفة قدر المبيع
على معرفة قدر مال النسب لاشتماله على محاباه لا تخرج الا من الثلث
المتوقف على معرفة قدر المال لكن معرفة قدر المال يتوقف على معرفة
قدر الثمن لانه من جملة ماله ومعرفة قدر الثمن يتوقف على معرفة
قدر المبيع فيدور وتحقيقه يقول في المسئلة الاولى صح البيع في شي بكفي
من الجيد بشي من الردي قيمته نصف شي فيكون المحاباه بنصف
شي بكفي من الجيد قفيز الا نصف شي يعدل ثلثي المحاباه وذلك شي
فاذا جبرت وقابلت صار القفيز يعدل شيا ونصفا فالشي ثلثا
القفيز فيصح البيع في ثلثي الجيد بثلثي الردي وفي الثانيه تقول صح
البيع في شي من الجيد في شي من الردي قيمته ثلث شي فالمحاباه بثلثي شي
يبقى من الجيد قفيز الا ثلثي شي يعدل شيا وثلثا وهو مثلا المحاباه
فاذا جبرت وقابلت صار القفيز يعدل شيين فالشي نصف القفيز
اذ نسب الردي الى الجيد ويستخرج قدر المحاباه فللورثه ضعفها
من المحاباه الجيد والردي فيقول في الاولى صح البيع في شي من الجيد
بنصف شي من الردي فالمحاباه بنصف شي فللورثه شي وقد حصل
لهم من الردي فالمحاباه نصف من الردي بنصف شي فيبقى لهم من الجيد
نصف شي اخر فيبطل البيع في مقابلته وهو ربع شي من الجيد والردي

في تقدير

في تقدير شي ونصف والردي في تقدير نصف شي وربع فالشي اربعه
دنانير وهو ثلثا المبيع فيصح في ثلثي الجيد بثلثي الثمن وتقول في الثانيه صح
البيع في شي من الجيد بثلث شي من الردي فالمحاباه بثلثي شي فللورثه
شي وثلث ليكونا بقدرها مرتين والشي من الجيد فيبطل من الردي
ثلث شي فالجيد في تقدير شيين والردي في تقدير ثلثي شي فالشي
اربعه ونصف وهي نصف الجيد فيصح البيع في نصفه بنصفه وبالخطا ير
تقول في الاولى صح فوقع الخطا بنصف سدس ثم تقول صح في ثلثه
ثلثه فالمحاباه بالسدس فوقع الخطا بسدس فيقول لما نقصنا عن
المقدار الاول سدسا زاد على الخطا الاول نصف سدس فعرفنا ان
كل سدس من المبيع يزيد نصف سدس من الخطا فرده بالسدس على
النصف فلنا صح البيع في الثلثين حتى زال الخطا الذي هو نصف السدس س
وفي الثانيه صح البيع في ثلثه فيبقى ثمنه فالمحاباه بدينارين وكان
يجب ان يكون ثلثه فاخطانا بواحد ثم تقول صح البيع في سدس
فالمحاباه بواحد فاخطانا باثنين فاذا كان نقص سدس يزيد
الخطا واحدا فكل سدس من المبيع يزيد واحدا من الخطا فزدنا
سدسا على الثلث المفروض اولا فكان نصفا فزال الخطا به وصح البيع
الكل الجيد بنصف الردي وبالخطا بن الاكثر تقول في الاولى صح البيع
في خمسة اسداس الجيد بمثلها من الردي فالمحاباه بدينارين ونصف
وكان يجب كونها بدينارين ووقع الخطا بنصف زايد ثم تقول صح
البيع في نصف بنصف فالمحاباه بدينار ونصف فالخطا الخطا بنصف

ناقص فيضم احد الخطابين الى الاخر يكون واحدا وهو المقسوم عليه ثم يضرب
العدد الاول وهو خمسة دنانير في الخطا الثاني وهو نصف يكون اثنين
ونصفا ثم يضرب العدد الثاني وهو ثلاثة في الخطا الاول وهو نصف
يكون واحدا ونصفا فيضمها اليها فيكون اربعة فاذن الذي صح فيه
البيع اربعة لانها هي المقسوم على واحد وقدرها ثلثا المبيع فيصح
في ثلثي قفيز جيد بثلثيهما من الردي ويقول في الثانية صح البيع في الثلثين
بهما فالمحاباة باربعه وكان يجب ان يكون بثلثه فاخطا الحساب بواحد
زايد ثم يقول صح في خمسة اسباع الجيد بمثلها من الردي فالمحاباة
باربعه اسباع وثلث وكان يجب ان يكون بثلثه فاخطا بثلث زايد
فنلقي اقل الخطابين من الاكثر يبقى ثلثان هو المقسوم عليه ثم نضرب العدد
الاول وهو ستة في الخطا الثاني وهو ثلث يكون ٢ خمسة في الاول وهو واحد يكون
اثنين ثم الثاني وهو صح
خمسه فالق اقل العددين من الاكثر يبقى ثلثه هي المقسوم فنضرب الثلثين
في مخرجهما يكون اثنين ثم نضرب الثلثه في ثلثه يكون تسعه فنقسمها
على اثنين يكون الخارج اربعة ونصف فصح في نصف الجيد بنصف
الردي قوله رحمه الله ولو باع الكر التركة بمثل نصفها قيمة صح
في نصفها في مقابلة من الثمن وفي الثلث بالمحاباه ويرجع الى الورثه
السدس وطريق ذلك ان ينسب ذلك ثلث المبيع الى قيمته فيصح البيع
في مقدار تلك النسبه وهي خمسة اسداس والاقوى عندي صحة البيع
في ثلثيه بثلثي الثمن كالربوي لان فسخ البيع في البعض يقتضي فسخه
في قدره فيما لا يصح فسخ البيع في الجملة الجميع مع بقا بعض الثمن وطريقه

ان يسقط

ان يسقط الثمن من قيمة المبيع وينسب الثلث الى الباقي فيصح في قدر تلك
النسبه وهو ثلثاه بثلثي الثمن ولو كان يساوي ثلثين وباعه بعشرة
صح في النصف بنصف الثمن وعلى الاول من مذهب الشيخ والمحقق والمص
ياخذ ثلثي المبيع بجميع الثمن قوله الاول انما التخليص والتحرير ولان
في وجه المشتري ملك الجميع بالثمن ولهذا الوارث لزم الكل ولما اقتضى
ذلك الحيف بالزيادة عن الثلث رد الى الورثه من التركة السدس
ليفضل مثلا المحاباه من الثمن والمثمن بخلاف الربوي لمانع الربا
لاصالة لزوم البيع من الجانبين والضرر يندفع بذلك فيكون شيء من الثمن
خلاف الاصل ولان العقد اشتمل على بيع وعطيه ومحل العطيه هو الزايد
عن مقابل الثمن المبيع لان معناها ازالة الملك بعوض ملكه تبرعا من غير
لزوم وهو لا يتحقق الا في الزايد فيكون محل البيع هو الباقي فكان العقد
واقعا بكل الثمن على الباقي وبه علل الشيخ في شفعة المبسوط حكايته
وقال المص هنا وفي متاخرات مصنفاته انها كالربوي لان فسخ البيع
في بعض يقتضي فسخه في قدره من الثمن لوجوب مقابلة اجزا المبيع باجزا
الثمن لوجوب فكما انه لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقا بعض الثمن
قطعا وكذا لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقا جميع الثمن واذا امتنع ذلك
وجب الفسخ فيهما ولان في ذلك مقابلة بعض المبيع بقسطه من الثمن عند
تعذر مقابلة الجميع بالجميع كما لو اشترى سلعتين و الفسخ في احدهما
باستحقاق وغيره فانه ياخذ الاخرى بالقسط من الثمن وكمشتري
الشقص وشي فياخذ الشفيع الشقص ولان الاول يقتضي المخالفه

بين الاصحاب والمتروك فاشبه ما لو باعه بما ير فقيل نصفه لها قوله
في الحل نظر لان الظاهر انه من المتنازع فيه فلا اشتمل العقد على بيع
وهبة من المريض لهذا المسمى تسعا مشتملا على محاباة كما قررناه تحديد
لا مساواة بينه وبينها مثل المص في الصورة لان ذلك بيع محض واما الطرف
اصولها وظاهر ما تقدم قوله رحمه الله ولو اعتق في المرض وتزوج
ودخل صح الجميع وورثت ان خرجت من الثلث قوله هنا مسئلتان
آ ان يعتق امته في مرض الموت ويتزوجها ويجعل عتقها صداقها ويدخل
بها وتخرج من الثلث ولم يصرح اكثر الاصحاب بانه جعل عتقها صداقها
ولا بد منه والا اعتبر المهر من الثلث ايضا اللهم الا ان يتزوجها مفوضة
البضع او المهر وعلى التقديرين لا كلام في صحتهما والارث لاجتماع
الشرائط ب لا يخرج من الثلث فان كان قيمتها مائة وليس له سواها
فانه يعتق ثلثها على مذهب المص ولا ترث لبطلان النكاح وهل لها
شيء من نفسها باعتبار الوطء يحتمل عدمه لانه لم يجعل لها عوضا خارجا
عن رقبتها وقد صارت للورثة فكانها رضيت باستيفاء البضع
بغير عوض ويحتمل ان يكون كالتي امهرها قدر قيمتها فان كان مهر
مثلها بقدر قيمتها صح العتق في شيء ولها من مهر المثل شيء وللورثة
شيئان فيكون في تقدير اربعة اشياء فيعتق ربعها ولها في نفسها
ربع آخر بالمهر لان امهارها اياها نفسها جار مجرى امهارها عينا
بقدرها وربما قيل ببطلان العتق اصلا لانه لم يعتقها الا على تقدير
التزويج وقد بطل هذا على التقدير الاول وعلى الثاني الكلام في عتق

شيء منها ويقوى هنا الاحتمال الثاني قوله رحمه الله ولو كان قيمتها
الثلث فاصدقها مثله ودخل صح النكاح وبطل المسمى وان مهر المثل
مثل القيمة عتق ثلثة ارباعها ولها ثلثة ارباع المسمى ولو كان مهر المثل
نصف القيمة عتق بقدر سبع التركة ولها اخر بالمهر قوله يريد لو كان
له جارية قيمتها ثلث تركته كعشرة مثلا وله عشرون فاعتقها وتزوجها
بعشرة اخرى ودخل بها فالكلام هنا في مواضع آ صحة النكاح في
لوجود المقتضي وهو صدور العقد من اهله في محله وانتفاء المانع
والمراد بالصح هنا انه يستبيح وطؤها في الحال بذلك العقد لانه محكوم
بصحته الى الموت والا لورث ح ولانه يبطل عتق بعضها في الصورة التي
قطعا وهو مقتض للبطلان يقينا ولانه لو صح اوجب المسمى اذ المقتضي
لبطلان المسمى هو توقفه على صحة النكاح المتقدم ب بطلان المسمى
والا دار لتوقف صحته على ثبوت النكاح المتوقف على العتق المتوقف
على بطلان المهر لقصور الثلث عن قيمتها مع صحته ج ثبوت مهر المثل
كما افتى به المص هنا التزاما وفي غير هذا الكتاب مطابقة لجريانه
مجرى ارش الجناية التي هي من الاصل ولم يذكره الشيخ والمحقق تردد فيه
كما مر لا يقال بثبوته يلزم منه الدور كالمسمى لانه باعتباره ينقص التركة
فلا تخرج قيمتها من الثلث فلا ينعتق فلا يصح النكاح لانا نقول لا
يتوقف ثبوته على صحة النكاح بل على مجرد وطئها فالطريق الى تحصيل
مقدار العتق ونصيبه من مهر المثل ان مهر المثل اما ان يساوي
قيمتها او ينقص عنها او يزيد ففي الاول عتق منها شيء ولها من مهر

المثل نصف شيء وللورثة شيئان في مقابلة المعتق فللتركة في بعد بنابه ابنيا
ونصف فيصير واما بالثلث ولهم اربعة فيعتق بقدر سبعي التركة من
الجارية وهو ستة اسباعها ولها مهر المثل سبع آخر يكمل منه عتقها الزوجها
او يحبسوا على اختلاف قول المصنف فيفضل معها بعد العتق ثلثا سبع التركة
وانما لم يصح التزويج هنا وان حصل عتق المجموع لان بعضا لم يحصل
الا بالمهر قوله رحمه الله ولو اعتق العبد المستوعب فكسب مثل قيمته
عتق نصفه وله نصف كسبه لانه يحسب عليه ما حصل له من كسبه
لا ستحقاقه بحرية الجزء الا من جهة سيده ولو اكتسب مثليه عتق ثلثه
احماس الكسب قوله هذا تفريع على ان اعتبار الثلث عند الوفاه فيهما
خرج من الثلث علم صحة العتق فيه عند الاعتاق وهذه المسئلة لما روعي
فيها ذلك لزم الدور لانه اذا ابيع العبد من كسبه شيء وكان الباقي من
التركة زادت فيزيد العتق فيزداد نصيبه من الكسب فينقص حق
السيد فينقص التركة فتنقص الحرية بالحرية فنقول في المسئلة الاولى
عتق منه شيء وله من كسبه شيء لان كسبه وللورثة شيئان في مقابل
المعتق وليس لهم شيء في مقابل الكسب لانه انما يحسب عليه ما حصل
له من جهة السيد وهنا حصل له الكسب بحرية الجزء واليه اشار بقوله
لانه انما يحسب عليه وهو جواب سوال مقدر فيكون التركة في تقدير
اربعة اشيا فالشيء نصفه فيعتق نصفه ويتبعه نصف الكسب
ويبقى مع الورثة نصفه ونصف كسبه وهو مثلا ما اعتق منه وفي
الثانية عتق منه شيء وله من كسبه شيئان لان كسبه مثلا قيمته وللورثة
شيئان

شيئان في مقابل العتق فيكون هو كسبه على تقدير خمسة اشيا فالشيء ثلثه
احماس العبد فيعتق منه ثلثه ستة ويتبعه ثلثة احماس كسبه ويبقى
مع الورثة خمسا كسبه وخمسا نفسه وهي تعدل ما عتق مرتين والاصح انه
يصرف من كسبه تتمة نفسه ويعتق باسره في الصورتين وبالخطائين الاصغر
نقول قيمته اثنا عشر وكسب مثلها فيعرض انه عتق منه ثلثه فللورثة
ثمانية وكان يجب ان يكون لهم اربعة فاخطانا باربعة فسهولا اذا
كان سدس من زيد الخطا اثنين فيزيد على الثلث سدسا فيكون نصفا
فيعتق نصفه ولو كسب مثليه وقيمته عشرة نقول عتق نصفه وللورثة
نصفه وكان يجب ان يبقى لهم خمساه وهي اربعة فاخطانا بواحد ثم
نقول عتق من خمسه ولا ورثة الخمس وهو اثنان فاخطانا باثنين فسهولا
اذا كان نقص الخمس ونصف نقص الخطا ثلثه فكل نصف خمسه ننقصه
واحدا فنزيد على النصف نصف خمس ليزول الخطا فسهولا عتق ثلثه
احماسه وبطريق الخطائين الاكثر ظاهر قوله قدس الله روحه ولو كسب
مثلي قيمته وعلى السيد مثلها صرف نصفه ونصف كسبه في الدين وعتق
ربعه وله ربع كسبه وللورثة الباقي قوله الدين مقدم على الوصية
فلا يتحقق بعض اعيان التركة بالصرف فيه هنا بل العدل تبسط على
المجموع بحسبه نقول المجموع من العبد وكسبه تركة السيد وهما
متساويان قدرا فيقسط الدين بنصفين فيبقى العبد ونصف الكسب
فنفرض فيه ما فرضناه اولا كان ليس عليه دين فنقول عتق منه شيء وله من
كسبه شيء وللورثة شيئان فنصف العبد وباقي كسبه في تقدير اربعة اشيا

فالشيء ربعه ويتبعه ربع كسبه وللورثة الباقي والوجه الضرفي العتق
كما مر ولو كان عليه دين مثل قيمته ونصفها والحال هذه صرف ثلثا ربا عيه
ومثلها من كسبه في الدين وصنع بالباقي كما قلنا اما لو فرضنا استغراق الدين
له ولكسبه صرف الكل في الدين ولا عتق قوله رحمه الله ولو اعتق
المستوعب وقيمته عشرة ثم كسب عشرة ومات قبل مولاه فله شيء من نفسه
ومن كسبه مثله لولده ولسيده شيئان ويساويان فانه من نفسه فتقسم
العشرة اثلاثا للابن ثلثها وللسيد الثلثان وعلم عتق ثلثه اقول هذا
الصادر به واعلم ان الوله هنا جزء وطريق المخلص ان يقول
للمعتق شيء من نفسه ومثله من كسبه لولده وللسيد شيئان في مقابل
المعتق فيكون كسب العبد اعني العشرة في مقابل ثلثة اشياء وذلك الشيء
الذي له من نفسه كالمعدوم فالشيء ثلثه وثلث بالميراث ولسيده
الباقي ويبين انه عتق منه ثلثه لانه قد وصل الى السيد بقدر الثلثين مرتين
اما لو لم يخلف ولدا والحال هذه كان له من نفسه شيء ومن كسبه اخر
ولسيده شيئان فالشيء خمسه ويبين انه عتق نصف العبد والعشرة
يستحقها السيد نصفها بالجر الرق ونصفها بالولاء عن الحر الحر ولو خلف
عشرين وولدا كان ثلثها للوارث وثلثاها للسيد ويبين انه عتق
ثلثاه ولو لم يكن له ولد عتق كله والعشرون للسيد بالولاء واعلم ان
المراد بقوله لسيده في الصورة المتقدمة انه لتركته شيئان اذ السيد
لا يستحق شيئا هنا للزوم العتق من جهته حتى لو اراد تبين عتق
المجموع وكان مجموع الكسب للوارث وجب والا فللسيد ه ه ه ه

تم الجزء الاول من كتاب غاية المراد
في شرح الارشاد والحمد لله
وحده وصلواته وسلامه
على من لا نبي بعده محمد
النبي واله الطيبين
الطاهرين
وسلم
تسليما
كثيرا

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

قوله رحمه الله ويكره ايقاع
العقد والقمر في العقرب اقول انما يكره ذلك لما رواه حمران عن الصادق ع
انه قال من تزوج والقمر في العقرب لم ير الحسنى والتزويج حقيقة في العقد
قوله رحمه الله والجماع ليلة الخسوف ويوم الكسوف وعند الزوال والغروب
قبل ذهاب الشفق وفي المحاق وبعد الفجر الى طلوع الشمس وفي اول ليلة من كل
شهر الا رمضان وليلة النصف وفي السفر مع عدم الما وعند الريح السودا
والصفرا اقول الذي يدل على كراهية ذلك ما رواه القاضي عن الباقر ع
انه قال والذي بعث محمدا بالنبوة واختصه بالرسالة واصطفاه بالكرامة
لا يجامع احد منكم في وقت من هذه الاوقات فيرزق ذرية فيرى فيها
قرة عين اشار ع الى ما علاه المص الا عند الزوال وليلة النصف وفي
السفر وروى الشيخ والصدوق عن عمر بن عثمان عن الباقر ع قال قلت
لابي عبد الله ع ايكره الجماع في ساعة من الساعات فقال نعم يكره في الليلة
التي ينكسف فيها القمر واليوم الذي ينكسف فيه الشمس وفيما بين غروب
الشمس الى ان يذهب الشفق وفي الريح السودا والصفرا ولقد بات
رسول الله صلى الله عليه وآله عند بعض النسا فانكسف القمر في تلك الليلة فلم يكن
له منها شي فقالت له زوجته يا رسول الله بابي انت وامي كل هذا
البغض فقال ويحك هذا الحادث في السما فكرهت ان اتلذذ وادخل في
شي ولقد عير الله قوما فقال عز وجل وان يروا كسفا من السما ساقطا
يقولوا سحاب مركوم وايم الله لا يجامع في هذه الساعات التي وصفت

فيرزق

فيرزق من جماعه ولد وسمع بهذا الحديث فيرى ما يحب ورواه الحسنى ما بين
طلوع الفجر الى طلوع الشمس واليوم والليلة التي يكون فيها الريح السودا
والصفرا والحمرا واليوم والليلة التي يكون فيها الزلزلة وفيها روى الكليني
عن ضريس قال بلغ الباقر ع ان رجلا تزوج عند ساعة حارة عند نصف
النهار فقال ع اراهما لا يتفقان فافترقا واما المحاق فهو بضم الميم وكسرها
وسمي محاقا لانمحاق الهلال فيه او الشهر وهي الثلث الاخيرة من الشهر
وليالي الشهر عشرة مما هذا احدها والثلث الاول غرر ثم نفل ثم تسع
ثم عشر ثم بيض ثم درع ثم ظلم ثم حنادس ثم دادي واحدها داداه
نقص وهذا ويسمى ليلة ثمان لله عنا وبعدها الدهما وليلة التليث
البيلا واسا حمير يومان في المحاق يستتر فيها القمر وانما كره الوطء فيها
لما تقدم ولما رواه الكليني عن الكاظم ع من تزوج في محاق الشهر فليسلم
لسقوط الولد فرع هل الكراهية في المحاق مختصة بالجماع او
به وبالعقد فظاهر الاصحاب الاول ويحتمل التعميم الحديث فرع لو نقص
الشهر لم يكره في ليلة تسع وعشرين لانها من الداري دائما كراهية
ليلة النصف فلما رواه الصدوق مسندا عن الصادق ع انه قال يكره
للرجل ان يجامع في اول ليلة من الشهر وفي وسطه وفي اخره فانه من
فعل ذلك خرج الولد مجنونا الا ترى ان المجنون اكثر ما يصرع في اول
الشهر ووسطه واخره وذكر الصدوق في كتابه عن علي ع انه قال
يستحب للرجل ان ياتي اهله اول ليلة من شهر رمضان لقول الله عز وجل
احل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم رواه الصدوق باسناده
وفي وصية

الي ابي سعيد الخدري والمسح في ... الي الحسن ع عن ابيه عن جده يا
علي لا تجامع امراتك في اول الشهر ووسطه ... الجنون والجذام والخبل
يسرع اليها والي ولدها ولم يذكر الشيخ الجذام ولا المراة واما الكراهيه
في السفر فاما في الوصيه يا علي لا تجامع اهلك اذا خرجت الي سفر مسيرة
ثلثة ايام ولياليهن فانه ان قضي بينكما ولد يكون عونا لكل ظالم ولما
رواه الشيخ عن اسحاق بن عمار قال قلت لابي ابرهيم ع الرجل يكون معه
اهله في السفر ولا يجد الما اياتي اهله قال ما احب ان يفعل ذلك الا ان يخاف على
نفسه قوله رحمه الله والجماع عاريا عقيب الاحتلام قبل الغسل او الوضو
ولا يكره عقيب جماع الجماع عند من ينظر اليه والنظر الي فرج المراه
حالة الجماع ومستقبل القبله ومستدبرها وفي السفينه والكلام في اث
بطرق المسافر ليلا اقول على ذلك ما ذكره الصدوق والشيخ بن محمد ابن
العيص سال ابا عبد الله ع عن الرجل يجامع واتاعريان قال و لا مستقبل القبله
ولا مستدبرها وقال ع لا تجامع في السفينه وقال رسول الله ص واله
يكره ان يغشى الرجل المراه وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي
راى فان فعل ذلك وخرج الولد مجنونا فلا يلومن الا نفسه وروى الشيخ
باسناده الي ابي راشد عن ابيه عن الصادق ع انه قال لا يجامع الرجل
امراته ولا جاريته وفي البيت صبي فان ذلك مما يورث الزنا وروى الكليني
باسناده الي الصادق ع قال قال رسول الله ص واله والذي نفسي
بيده لو ان رجلا غشي امراته وفي البيت مستيقظ يراهما ويسمع كلامهما
ونفسهما ما افلح ابدا ان كان غلاما كان زانيا او كانت جارية كانت
زانية

زانية وكان علي بن الحسين اذا اراد ان يغشى اهله اغلق الباب وارخى
الستور واخرج الخدام وروى الشيخ عن عبد الله بن سنان مسندا
عن الصادق ع قال يكره للرجل اذا قدم من سفره ان يطرق اهله ليلا حتى يصبح
وباسناده عنه عن الصادق ع اتقوا الكلام عند ملتقى الختانين فانه
يورث الخرس وروى الشيخ عن سماعة قال سالته عن الرجل ينظر الى فرج
المراه وهو يجامعها قال لا باس به الا انه يورث العمى وفي الوصيه المذكوره
يا علي لا تتكلم عند الجماع كثيرا فانه ان قضي بينكما ولد لا يؤمن من ان يكون
اخرس ولا تنظر الى فرج امراتك وغض بصرك عند الجماع فان النظر الى
الفرج يورث العمى يعني في الولد وجعله ابن حمزه محرما زيادات يحرم
جماع الحائض وفي الوصيه انه يورث الحول في الولد وللشيطان ان
يفرح بالحول وروى الصدوق عن النبي ص واله انه قال من جامع امراته
وهي حائض فخرج الولد مجنونا او به برص فلا يلومن الا نفسه ب لا يجامع
بشهوة غير امراته خوفا من تخنيث الولد ج يكره التمسح بواحدة خوفا
من وقوع العداوه د يكره الجماع قائما خوفا من مجيئه بوالا في الفراش كالحمير
ه يكره الجماع ليلة الفطر خوفا من ان لا يلد الولد الا كبير السن و يكره ليلة
الاضحى خوفا من زيادة اصبع او نقصانها ز يكره تحت المثمرة خوفا من
مجيئه جلادا قتالا عريفا ح يكره استقبال الشمس الا بستر خوفا من
فقر الولد وبوسه حتى يموت ط يكره بين الاذان والاقامة
على اهراق الدما ي يكره على غير وضو خوفا من بخل
نصف شعبان خوفا من سامه في شعره

يا يكره ليله
يب يكره اخر من شعبان بان

يبقى يومان خوفا من كون الولد [كج] يكره لشهوة اختها لئلا يجي عشارا
عونا للظالم يهلك قياما من الزائد على يديه [كد] يكره على سقوف البنيان
لئلا يكون منافقا مماريا مبتدعا [كه] يكره في الليلة التي يسافر فيها
لئلا ينفق الولد ماله في غير حق [كو] يكره اول ساعة في الليل لئلا يكون ساحرا
موثرا للدنيا على الاخرة [كز] يستحب للزوج عند دخول العروس خلع خفها
حتى تجلس وغسل رجليها وصب الماء من باب الدار الى اقصاها فانه
قد ورد ان الله يخرج بذلك سبعين لونا من الفقر ويدخل به سبعين
لونا من البركة وينزل عليه سبعين رحمة ترفرف على راس العروس حتى تنال
بركتها كل زاوية في بيتك وتامن العروس من الجنون والجذام والبرص
ما دامت تلك الدار [كح] يستحب منعها مدة اسبوع من اللبن والخل
والكزبرة والتفاح الحامض لعقم الرحم وبردها فان حاضت على
الخل لم تطهر تماما والكزبرة تثير الحيض في بطنها وتشدد عليها الولادة
والتفاح الحامض يقطع حيضها فيصير داء [كط] يستحب الجماع ليلة الاثنين
ليكون حافظا للقرآن راضيا بالمقسوم [ل] وليلة الثلاثاء ليكون سهلا
رحيم القلب سخي اليد طيب النكهة طاهر اللسان من الغيبة والكذب والبهتان
[لا] وليلة الخميس ليكون حاكما او عالما [لب] ويوم عند الزوال لئلا
يقرب الشيطان الولد الى الشيب ويكون فهما سالما في الدارين [لج]
وليلة الجمعة ليكون خطيبا قوالا مفوضا [لد] وبعد عصرها ليكون
مشهورا عالما [له] وليلتها بعد صلاة العشاء الاخرة لرجا كونه من الابدال
[قوله] رحمه الله ولو اذن المولى في ابتياع زوجته له فالعقد باق لان

قلنا

قلنا ان العبد لا يملك بالتمليك الا ببطلان [قوله] الضمير في له يرجع الى العبد
وهو اضمار قبل الذكر الا انه حسن لدلالة المولى عليه ولما بقاء العقد
مع القول بانه لا يملك بالتمليك كما تقدم ذكر الخلاف فيه فلان الشراء
للمولى والملك له وزوال الملك عن الزوجة الى غير الزوج لا يقتضي
فسخ نكاحها لعدم المنافاة بخلاف انتقاله الى العبد للمنافاة بين الوطء بالملك
والعقد لقوله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والتفصيل
يقطع الشركة وليس تأثير احدهما اولى من الآخر واما مع ثبوتها [قوله]
قدس الله روحه ولا تثبت ولايتهما على البالغ الرشيد وان كانت بكرا
على راي [قوله] انتفاء الولاية عن البنت الكاملة وجواز تفردها ومقابله
في الصغيرة او المجنونة لا خلاف فيه الا الحسن في الاول لصحيحة محمد
بن مسلم في الثاني مع امكان تاويلها واما البكر الكاملة التي لم تتزوج
او تزوجت ولم توطأ او وطئت دبرا لعدم الخروج عن الاسم وان ذلك
رواية ابن هشام بن ميمون على زوال الولاية او الذاهبة بكارتها بعد
البلوغ او قبله بغير نكاح على الظاهر ففيها للاصحاب اقوال [ا] ما
اختاره المص وهو مذهب المفيد في احكام النساء والمرتضى وابن الجنيد
والشيخ في التبيان بن حمزة والفاضل ابن ادريس والمحقق
نجم الدين [ب] سلبها الولاية وثبوتها مطلقا وهو قول الحسن والصدوق وق
في التركيبة وظاهر القاضي [ج] التشريك بينها وبين المولى
وهو قول النفي وظاهر المقنعة الاقوال المشهورة [د] نقل المحقق الولاية
لها في الدائم لا المتعة وسئل عن قائله فلم يجب [ه] اجازة تفردها بالمتعة

خاصه وهو قول السح في النهايه وكتابي الحديث والاحتياط القاضي بتركه
احتج الاولون بوجوه آ انه تعالى اضاف النكاح الي النسا والاصل الحقيقه
فيكون لهن الولايه فيه اما الصغري فقوله حتي تنكح زوجا غيره فلا
تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن وهو شامل لغير المدخول بها واما
الكبري فظاهر هكذا استدل السح والمص وفيه نظر لان الاية الاولي
في سياق ذات العده وهي لا تكون الا مدخولا بها والاخري صريحه
في العده لانه تعالى قال فبلغن اجلهن ب ما رواه ابن عباس عن النبي
ص واله انه قال الايم احق بنفسها من وليها والبكر تستاذن في نفسها
واذنها صماتها وفيه نظر لانه مع تسليمه لا ينفي التشريك ج ما روي ان
فتاة جاءت الي النبي ص واله فقالت ان ابي زوجني من ابن اخ له ليرفع
خسيسته وانا له كارهه فقال اجيزي ما صنع ابوك فقالت لا رغبه
لي فيما صنع ابي قال فاذهبي فانكحي من شئت فقالت لا رغبه لي عما
صنع ابي ولكني اردت ان اعلم النسا ان ليس للاباء في امورهن
شيء د حسنة الفضل بن يسار ومحمد بن مسلم وزراره وبريد بن
معويه عن ابي جعفر ع قال اذا كانت المراه مالكه امرها تبيع وتشتري
وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت فان امرها جائز تزوج
ان شاءت بغير اذن وليها وان لم يكن ذلك فلا يجوز تزويجها
الا بامر وليها حكم بمراتبته ولانه المال لولايه النكاح وجودا
وعدما وفيهما نظر فانه ان ادعي خروج البكر عن المولي عليها فهو
المتنازع والا لم يفد وكذا في قوله مالكه امرها الا انها اقوي دلاله من
الاولي

الاولي بالانضمام باقي المتصرفات غير المتق فقه على البيوع به اجماعا و ما رواه
محمد بن علي بن محبوب عن الحسن العباس عن سعدان بن مسلم عن ابي عبد الله ع
انه قال لا باس بتزويج البكر اذا رضيت من غير اذن ابيها وحملها السح
على المتعه ز ادعى المر بتصي الاجماع والاجماع المنقول بخبر الواحد حجه لما تقرر
في الاصول ان البكر يتيمه وكل يتيمه لا تنكح الا باذنها اما الصغرى فلان
اليتم هنا حقيقه في الانفراد عن الزوج فيكون مجازا في غيره والا لزم
الاشتراك اما الاول فلقوله ان الصور تنكح الايامى المسوق الارامل التي ب
قالوا فيلزم المجاز قلنا مع التعارض المجاز خير ولان اليتم اما الموت الاب
او فقد الزوج والاول باطل هنا لان السكوت كاف في هذه على ما سيات
فلا شيء منه بكاف وفي فاقده الاب لانها لا تكون الا صغيره لقوله ع
لا يتم الا بعد الاسلام سلمنا انها فاقده الاب فيجوز مع فقده وبقا الجد
وهو باطل على ما ياتي وعليه مذهب الشافعي واما الكبرى فلما رواه ابو
هريره عن النبي ص واله انه قال لا تنكح اليتيمه الا باذنها فان سكتت فهو
اذنها وان ابت فلا جواز عليها ط وان ولايه المال زالت فتزول
ولايه النكاح اما المقدم فاجماعي واما الملازمه فلانها احدى الولايتين
المنوطتين بالبلوغ والرشد وهذا وما قبله الزام واستدل بالاصل
وبان البلوغ والرشد مناط التصرف وفي الملك والتخصيص تحكم ولان
القول بصحه سائر العقود وبطلان المتنازع مما لا يجتمعان والثابت
الاول فينتفي الثاني واما المتنافي فلان البلوغ والرشد ان اقتضيا التصرف
في الملك لزم فيهما والا فلا فيهما فالجواب التمسك بالاصل مع دليل الاخراج

غير جايز فالمخصص مع منع الخصم كون البلوغ والرشد هل يرفعان عنها
الحجر في النكاح ام لا والثالث اذا عارضه محضه وجوابه ان البلوغ والرشد
مبيح للتصرف فيما عدا النكاح فاي تلازم بين اباحته للعقود المذكوره
واباحته للنكاح احتج الشيخ بوجوه ا الاستصحاب فان المنع ثابت قبل
محل النزاع فكذا بعده ب صحيحة ابن ابي يعقوب عن الصادق ع لا تزوج
ذوات الاباء من الابكار الا باذن ابيهن وهو خبر ومعناه النهي وهو
للتحريم ج صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام قال لا تستامر
الجاريه اذا كانت بين ابويها ليس لها مع الاب امر وقال تستامرها كل احد ما
عدا الاب ولا يحمل على الصغيره لانه اثبت ان غيره يستامرها وفيها
دليل على ابطال مذهب القايل بالتفرد والقايل بالتشريك د رواية
ابرهيم بن ميمون عن الصادق ع اذا كانت الجاريه بين ابويها فليس
لها مع ابويها امر واذا كانت قد تزوجت لم يزوجها الا برضى منها
وهو في الدلاله كالثالث والذي قبله كالاول ه رواية زراره قال
سمعت ابا جعفر ع يقول لا ينقض النكاح الا الاب وهو عام لانه نكره
في سياق نفي لا تقدير ولا ينقض احد والاستثنا خرج الثيب والبكر
البالغ الرشيد وبقي الباقي داخلا ولو كانت لها ولايه لكان لها النقض
وهو منفي وان سلبها الولايه حكمه فيكون مشروعا اما الصغرى
فلعدم معرفة البكر باحوال الرجال فلو لا كون نكاحها منوطا بنظر
الاب لزم الضرر عليها والجواب عن الاول ان الاستصحاب بتقدير كونه
حجة لا يتم مع وجود المقتضي للازاله وهو هنا موجود وقد تقدم وعن

ب الحمل على الصغيره كما حمل الشيخ رواية المتعه على الصغيره فانه ليس
صريحا في الكبيره فان من قد يكون للتبيين فيعم وقد يكون للتبعيض فيحمل
على بعض الابكار ونحن نقول بموجبه في الصغار الا ان فيه ضعفا لانتفا
فايدة القيد بالابكار ح اذ البنت الصغيره عليها الولايه ولان حملها
على البعض تقييد وليس سلمنا العموم لا نسلم ان النهي هنا للتحريم لمعارضة
الادله المتقدمه له فيحمل على الكراهيه توفيقا ولئن سلمنا انه فلا يدل
على بطلان العقد لو فعلته لما تقرر في الاصول انه لا يفسد في المعاملات
وفيه نظر لانه احداث قول لا قايل به ولانه لا يبقى بالاشتراك ومنه
يظهر عن ج د وعن ه انه كما جاز تخصيصكم بدليل فكذا نحن على
انه ليس بصريح في المطلوب فلا يعارض الصحيح ولان المحل لقصد وا
لحديث يدل على نفيه وبالجمله ففي اخبارنا خاص والخاص مقدم على
العام ولان اخبارنا معتضده بالكتاب وباقوال الاكثر دون اخبارهم
وان تلك ناقله عن حكم الاصل وهذه مقرره والناقل راجح على المقرر
ولا نعني بالاصل هنا عدم ثبوت الولايه قبل البلوغ والرشد وهو
اولى من اصالة ثبوت الولايه لانه منفي بعدهما الشرعي قبل البلوغ ولا
بالجمع بين الاحاديث بالاستحباب بخلاف قولكم وعن و انه لا يجوز رد
الاحكام الى الحكمه لعدم انضباطها مع انتقاضها باستلزام ثبوته
الولايه للاقارب ولا يقولون به واحتج المشركون بوجهين ا الجمع
بين الادله فان بعضها يدل على اختصاص البكر وبعضها على اختصاص
الاب فاستفيد من كل منها ثبوت ولاية الكل وهو معنى الاشتراك

موثقة صفوان قال استشار عبد الرحمن الكاظم ع في تزويج ابنته لابن اخيه
فقال افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظا بهما من وجهين
آ قوله افعل فيكون ذلك برضاها فاذا فعل اقرله بالفعل فلولا ان له
فعلا لاستحال الامر به وكونه برضاها يستلزم ان لها حقا والا
لم يعتبر ب قوله ع نصيبا دل بمنطوقه على ثبوت ولاية لها و
بمفهومه على ثبوت ولاية للاب دلالة ابلغ منه اذا تقرر ذلك فلا
يمكن حمله على الصغيرة والثيب للاتفاق على عدم المشاركة فيهما
فتعين على المتنازع وهو المدعى والجواب عن آ ان الاختصاص ينافي
الاشتراك وعن ب ضعف المستند مع انتفاء الدلالة على المطلوب بل هي
دالة على الاختصاص قوله لولا ان له فعلا لاستحال الامر ممنوع فانها
لو كانت بنتا للحسن ذلك مع انتفاء الولاية قطعا وان سلمنا ذلك فلا
نسلم توقف فعله على ان له نصيبا بل هو ما من بها شرع العقد برضاها
وهذا المعنى متحقق فيه ولو كان اجنبيا وثبوت الحظ لها في نفسها لا
يدل على ثبوت الحق لغيرها الا بالخطاب الضعيف واحتج الاذن لها
في الدائم دون المتعة بوجهين آ ان النكاح حقيقة في الدائم فتحمل
الروايات عليه اما الملازمة فظاهرة لان اللفظ عند التجرد انما يحمل
على حقيقته واما الحقيقة المقدم فلوجود خواص الحقيقة من المبادرة
الى الذهن والاستغناء عن القرينة ولانه لولاه لزم الاشتراك وهو خلاف
الاصل ب ان تسويغ استقلالها بالمتعة اضرار بالاولياء وهو منفي اما
الصغرى فلانه ربما اشتمل على حصاصة منهم وعار عليهم لانكار الدهما

من الناس

من الناس لها اما المشروعية او للاباء الطبيعي او لغير ذلك بخلاف الدائم
والنبوي اسار الصادق ع حيث حفص بن البختري عن التمتع بالبكر بقوله يكره
للعيب على اهلها واما الكبرى فلقوله ع لا ضرر ولا ضرار والجواب منع حقيقته
المقدم والخواص موجودة فيهما قوله يلزم الاشتراك قلنا ممنوع بل هو
متواطئ فانه اما حقيقة في العقد وظاهر انه فيهما واحد وانما اختلف
العارض ولهذا اجاز انقلاب المتعة اليه او في الوطء وهو امر واحد فيهما
ولان النكاح ينقسم اليهما ومورد التقسيم مشترك ولانه يحنث ويبر با
بحلف على النكاح به وعن ب ان الامور الشرعية ليس فيها اضرار مع انه قائم
في البنت بل وفي الدائم اذا كان بغير رضاهم مع انه خطابي ولتحتج العاكسون
بوجوه آ الجمع بين الاخبار ان الدائم لكثرة لوازمه من النفقة والميراث
وغيرهما اهم من المتعة فالمراة قاصرة عن تحصيل المناسب فوكل الى اهلهم
لقدر استدراك قابلية بخلاف المتعة ب رواية ابي سعيد القماط عن ص ع
حيث سال عن المتعة بالبكر مع ابويها فقال لا باس ولا اقول كما يقول هؤلاء
الافساد ورفع الناس يقتضي الاباحة والكراهة بالكلام الاخير وفي معناها
رواية ابي سعيد عن الحلبي قال سالته عن التمتع بالبكر بلا اذن ابويها
قال لا باس والجواب ليس الجمع بتجويز المتعة اولى من العكس بل ليس وجه
الجمع منحصرا فيهما والثاني مناسبة محضة وهي عندنا باطلة لما تقرر في
الاصول والحديث الاول ليس فيه انه بلا اذن الاب فلعله باذنه وان سلمنا
ظهوره فيه فلا دلالة فيه على نفي الدائم فان قلت استفيد من دليل اخر
قلت ومدعانا كذلك والثاني مقطوع والانصاف ان هذين الحديثين

بطلان
بطلان الايقاع وعلى عدم الايقاع وعلى عدم لزوم العقد على اقوال آ بطلانه مطلقا
اي في البيع والشرا والنكاح وغيرهما سوا اجاز المالك العقد اولا وهو قول
الشيخ في المبسوط وفي البيع من الخلاف وفي كتاب النكاح منه يقف البيع
ويبطل الشرا اما البيع فادعى فيه الاجماع ولم يعتد بالمخالف ولانه تصرف
في ملك الغير بغير اذنه وهو حرام وكل حرام منهي عنه ولنهي النبي ص واله
حكيم بانه حرام على بيع ما ليس عنده والنهي دليل الفساد ولرواية عمر بن
شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ص واله قال لا طلاق الا فيما تملك ولا عتق
الا فيما يملك ولا بيع الا فيما تملك نفي البيع والمراد به الصحه لتعذر الحمل على
الحقيقه ونفي الصحه اقرب المجازات ولانه لنفي اصل البيع الشرعي وعلى
التقديرين يبطل ولانه عطفه على ما لا يصح قطعا فيكون كذلك ولانه
باع ما لا يقدر على تسليمه فاشبه الطير في الهوا ولان فقدهما اولى اما
الاول فكبيع الابق لتعذر التسليم وهو شرط واما فقدهما هنا فلفقد
الملك مع التعذر واما النكاح فاستدل الشيخ بانتفا الدليل واحتياج
الشرعي اليه ولصدق هذه تكحت بغير اذن وليها وذلك باطل والصغرى
فرضيه لان النكاح حقيقه في العقد واما الكبرى فلرواية عايشه عن
النبي ص واله قال ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل
ولنفي النبي ص واله في حديث ابي موسى وقوله لا نكاح الا بولي ولما رواه
ابن عمر عن النبي ص واله انه قال ايما عبد نكح بغير اذن مولاه فنكاحه باطل
ولما سبق في اول المسله واستدل بان العقد سبب الاباحه وهو ممتنع صدوره
من غير الزوجين او وليهما ولانه لو وقف لتاخر الشرط على المشروط والتالي

باطل

باطل بيان الملازمه ان رضى المعقود عليه او وليه شرط ب وقوفه على الاجازه
مطلقا وهو قول الحسن والمفيد والمرتضى والشيخ في النهايه وسلار
والقاضي والتقي وابن حمزه والمحقق والمصنف لانه عقد صدر من اهله
في محله لانا لا نعني باهله المالك بل الكامل ولا نعني بالمحل المملوك للبايع بل
المطلق وفيه نظر لانه من باب المصادرات ولحديث عروه البارقي
ان النبي ص واله دفع اليه دينارا ليشتري به شاه فاشترى بها شاتين
وباع احدهما بدينار وجا بالاخرى فاقره ع واقراره حجه لما ثبت
في الاصول ولما رواه بن عباس ان جاريه بكرا اتت النبي ص واله وذكرت ان
اباها زوجها وهي كارهته فخيرها النبي ص واله وفيه دلاله على ان للبكر
ولايه لا على الاختصاص ولرواية محمد بن مسلم انه سال الباقر ع عن رجل
زوجته امه وهو غايب قال النكاح جايز ان شا الزوج قبل وان
شا ترك لا يقال يحمل على الموجبه ويكون معنى القبول تجديد العقد لانا
نقول خلاف الظاهر ج بطلان البيع وصحة النكاح وهو قول الفاضل
ابن ادريس لدعوى الشيخ الاجماع على البيع وتحقق النهي كما مر ذكرهما
واما صحة النكاح فللاجماع فيما عدا الرق على ما نقله وملكت
الوجه النظري بينهما فيه ما فيه بل الاحتياط في الفروج اولى د بطلان
النكاح في غير البكر الرشيد مع حضور الولي وعقد الابوين على الصغير
والجد مع عدم الاب وعقد الاخ والعم والام على صبيه والعقد للعبد منه
او من اجنبي بلا اذن السيد وهو قول ابن حمزه اذا عرفت ذلك فاعلم ان
عقد العبد والامه مبني على ما تقدم ونقل المحقق فيه قولين اخريين احدهما

لا يدلان على الاختصاص بالمتعه وانما الشيخ رحمه الله لما جمع بين الاخبار
التزم بذلك مع انهما معارضان بما رواه عن ابي مريم عن الصادق ع
العذرا التي لها اب لا تتزوج متعه الا باذن ابيها والمعتمد الاول وكيف
يجوز الشيخ بها المتعه ويمنع الدائم مع ان من مذهبه انقلاب المتعه
دائما مع الاخلال بالاجل وكان ينبغي استثناؤه اياه وانما طولنا الكلام
في هذه المسئله لانها من المهمات قوله رحمه الله ولا يسقط ولاية
الجد بموت الاب على راي اقول هذا ظاهر قول شيخنا المفيد والمرتضي
وسلار والشيخ في النهايه واختيار الفاضل والمحقق تفريعا على خلاف
ظاهر قول الحسن بانتفا ولاية الجد وضعف ولاية الاب فلا يقدر وانها
اما الثاني فظاهر ولان زواله هنا لا يمنع الضعيف فالعكس اولي واما
الاول فللاتفاق على انه اذا تخاير اقدم الجد ولموثقه عبيد بن زراره
عن الصادق ع لما ساله عن اختلاف ارادتهما فقال الجد اولي بذلك ولان
ولايته ثابته شرعا فلا تزول الا بمزيل اما الصغرى ففرضيه لان
البحث في الصغيره والمجنونه اجماعا والبكر البالغ على خلاف واما
الكبري فظاهره لانتفاء المزيل ولما رواه الفضيل بن عبد الملك عن الصادق ع
ان الجد اذا زوج ابنة ابنه وكان ابوها حيا وكان الجد مرضيا جاز جعل
حياة الاب شرطا في الجواز لانه في سياق معنى اذا المتضمنه لمعنى الشرط
ولان وجود الاب سبب لتحصيل ولاية الجد على الولد لانه سبب الولاية وسبب
السبب سبب فبموته انتفي السبب فينتفي المسبب لانا نقول في الطريق
بن سماعه وجعفر بن سماعه وهما واقفيان مع انتفا الدلالة على المطلوب
لضعف

لضعف المفهوم وامتناع تخصيص العموم به لو كان حجه ونمنع النسبيه
فكونها موجوده عند فعل الاب لا يدل على استنادها اليه لعموم التلازم
وعدم دلالة العام على الخاص ولئن سلمنا فالجد سببها البعيد ويجوز
كونه قابلا وفاعلا باعتبارين ولانه لو امتنع كون الجد قابلا وفاعلا امتنع
ذلك في الاب وقال ابو علي بن الجنيد والصدوق والشيخ في النهايه والقاضي
والتقي والصهرشتي وابن حمزه يسقط والمعتمد الاول قوله رحمه الله
الثاني الملك فللمالك اجبار العبد والامه على النكاح وان كانا كبيرين رشيدين
وليس لاحدهما العقد الا باذن المولى فان بادر به يتوقف على الاجازه
على راي اقول الثاني من اسباب الولايه الاجباريه الملك بالنسبة الى الامه
اتفاقا والى العبد عندنا وسبب السبب سبب ولانهما عن نفسهما
لان المولى عليه شي وهو منفي لقوله تع ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر
على شي وروى جابر عن النبي ع ايما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو
عاهر فيثبت للسيد لقوله تع فانكحوهن باذن اهلهن ولقول الصادق ع
يجوز طلاقه ولا نكاحه الا باذن سيده ولقوله ع في نكاح الامه بغير
اذن السيد هو زنى وللاجماع وهذا الحكم مطرد في رقيق الرجل وغيره
المراة اجماعا وامتها على ما ياتي لعدم تخيرهم العقد عليهم منهم وعدم
لزومه والخلاف في صحة العباره يكون اللزوم موقوفا على اذن السيد
ولما كانت هذه المسئله من جزئيات عقد الفضولي احتجنا الى البحث فيه
ثم نتبعه بها فنقول اختلف علماؤنا في كل عقد صدر من الفضولي ولحقه
به الكامل غير المالك المتصرف فيه سوا كان عاصيا او لا بعد اتفاقهم على

بطلان
بطلان الايقاع وعلى عدم الايقاع وعلى عدم لزوم العقد على اقوال آ بطلانه مطلقا
اي في البيع والشرا والنكاح وغيرهما سوا اجاز المالك العقد اولا وهو قول
الشيخ في المبسوط وفي البيع من الخلاف وفي كتاب النكاح منه يقف البيع
ويبطل الشرا اما البيع فادعى فيه الاجماع ولم يعتد بالمخالف ولانه تصرف
في ملك الغير بغير اذن وهو حرام وكل حرام منهي عنه ولنهي النبي ص واله
حكيم بانه حرام على بيع ما ليس عنده والنهي دليل الفساد ولرواية عمر ابن
شعيب عن ابيه عن جده عن النبي ص واله قال لا طلاق الا فيما يملك ولا عتق
الا فيما يملك ولا بيع الا فيما يملك نفي البيع والمراد به الصحه لتعذر الحمل على
الحقيقه ونفي الصحه اقرب المجازات ولانه لنفي اصل البيع الشرعي وعلى
التقديرين يبطل ولانه عطفه على ما لا يصح قطعًا فيكون كذلك ولانه
باع ما لا يقدر على تسليمه فاشبه الطير في الهوا والسمك في الما لانه فقدهما اولى اما
الاول فكبيع الابق لتعذر التسليم وهو شرط واما فقدهما هنا فلفقد
الملك مع التعذر واما النكاح فاستدل الشيخ بانتفا الدليل واحتياج
الشرعي اليه ولصدق هذه نكحت بغير اذن وليها وذلك باطل والصغرى
فرضيه لان النكاح حقيقه في العقد واما الكبرى فلرواية عايشه عن
النبي ص واله قال ايما امراة نكحت نفسها بغير اذن وليها فنكاحها باطل
ولنفي النبي ص واله في حديث ابي موسى وقوله لا نكاح الا بولي ولما رواه
ابن عمر عن النبي ص واله انه قال ايما عبد نكح بغير اذن مولاه فنكاحه باطل
ولما سبق في اول المسله واستدل بان العقد سبب الاباحه ويمتنع صدوره
من غير الزوجين او وليهما ولانه لو وقف لتاخر الشرط عن المشروط والتالي
باطل

باطل بيان الملازمه ان رضى المعقود عليه او وليه شرط ب وقوفه على الاجازه
مطلقا وهو قول الحسن والمفيد والمرتضى والشيخ في النهايه وسلار
والقاضي والتقي وابن حمزه والمحقق والمصنف لانه عقد صدر من اهله
في محله لانا لا نعني باهله المالك بل الكامل ولا نعني بالمحل المملوك للبايع بل
المطلق وفيه نظر لانه من باب المصادرات ولحديث عروه البارقي
ان النبي ص واله دفع اليه دينارا ليشتري به شاه فاشترى شاتين
وباع احدهما بدينار وجا بالاخرى فاقره عم واقراره حجه لما ثبت
في الاصول ولما رواه ابن عباس ان جاريه بكرا اتت النبي ص واله وذكرت ان
اباها زوجها وهي كارهته فخيرها النبي ص واله وفيه دلاله على ان للبكر
ولايه لا على الاختصاص ولرواية محمد بن مسلم انه سال الباقر عم عن رجل
زوجته امه وهو غايب قال النكاح جايز ان شا الزوج قبل وان
شا ترك لا يقال نقول بموجبه ونكون معنى القبول تجديد العقد لانا
نقول خلاف الظاهر ج بطلان البيع وصحة النكاح وهو قول القاضي
ابن ادريس لدعوى الشيخ الاجماع على البيع وتحقق النهي كما مر ذكرهما
واما صحة النكاح فللاجماع فيما عدا الرق على ما نقله
الوسطي بينهما فيه ما فيه بل الاحتياط في الفروج اولى د بطلان وملكه
النكاح في غير البكر الرشيد مع حضور الولي وعقد الابوين على الصغير
والجد مع عدم الاب وعقد الاخ والعم والام على صبيه والعقد للعبد منه
او من اجنبي بلا اذن السيد وهو قول ابن حمزه اذا عرفت ذلك فاعلم ان
عقد العبد والامه مبني على ما تقدم ونقل المحقق فيه قولين احدهما

ان الاجازة تكون كالعقد المستانف وهو متبرع من القول بالاتفاق وهذا
اختيار الشيخ في النهاية على ما يفهمه بعضهم واعلم ان في كلام الشيخ هنا
وهو انه صحح المسئلة في العقد على الامة وحكم ببطلانه ثم قال فان رضي كان
رضاه كالعقد المستانف يستباح به الفرج فاولاته يذهب الى ان ذلك
كاف في التحليل فيكون ذلك الرضى عبارة عن التحليل وفيه مساهله
لان التحليل على الاصح منحصر في عبارات وليس الرضى منها فليس بتحليل
ولا عقد لانه حكم ببطلانه وثانيا ان المصنف البطلان في قوله لمجازة بمعنى
او له الى البطلان فان الاول الباطل لا يصح باجازة المولى وتاوله الشيخ نجم
الدين في النكت بمعنى عدم الاباحة فان وطء البضع لا بمعنى سقوطه اصلا فاذا
اجاز المولى انعقد وملك البضع ثم قال في حاشية الشيخ رواية الوليد بن صبيح
عن الصادق عليه السلام ان كان الذي تزوجها من غير اذن مولاها فالنكاح
فاسد ثم ان اجمعنا ان اجازة المولى كعقد الفضولي لها صحته في النكاح
وفي الجمع بين كلامه هنا وكلامه في اكثر ابو نظر لانه قسمها جعل القول بان
الاجازة كالعقد المستانف مغايرا للقول بالوقف وعدهما قولين وعلى
ما ذكره هنا هما واحد وابن ادريس قال ان الشيخ هنا بناه على قاعدة
من ابطال عقد الفضولي والثاني اختصاص العبد بالاجازة والامة
بالبطلان لما رواه الاصحاب احتج المصنف على الوقف فيهما بقول الباقر عليه السلام
في رواية زرارة ردا على الحكم بن عتيبة وابرهيم النخعي انه لم يعص الله
انما عصى سيده فاذا اجازه فهو له جائز والضمير في له يرجع الى المملوك
لانه لفظ السائل وهو شامل للذكر والانثى وفيما مر ما يصلح ان يكون دليلا

للاقوال

للاقوال الاخر واعلم ان ابن ادريس ممن حكينا عنه القول بوقوف عقد النكاح
وفي هذه المسئلة اختلف قوله فتارة يبطل العقد لانه منهي عنه فيكون
فاسدا وهو الظاهر من فتواه وتارة يجيزه قوله رحمه الله وفي زوال ولاية
المولى بارتداده عن فطرة اشكال اقول لما كان الملك سببا لثبوت ولاية
السيد على مملوكه كانت الولاية تابعة ما دام الملك فبالارتداد عن فطرة
يزول فتزول واما عن غير فطرة فالمولى اما مسلم او كافر ويمكن توجيه
الاشكال فيهما وكذلك اطلق المصنف ومبناه على قواعد أ ان السيد هل يزوج
امته بالملك او بالولاية ب ان اموال المرتد عن غير فطرة باقية على
ملكه لا موقوفه ج ان عقوده الصادرة منه موقوفة د لمن تزلزل الملك
غير قادح هنا اذا تقرر ذلك فنقول الاشكال في الثانيه والثالثة وظاهر
كلام الاصحاب في الاولى والثانية يحتمل لقول المصنف ان يكون المزيل
للولاية بالحجر عليه فلا يكون محصلا للمستقر اعني النكاح ويمكن ان يكون
سلطنة الكافر على المسلم المنفية بالاية على تقدير ان يقول السيد تزوج
الامة بالولاية وان قلنا بالملك فيضعف هذا فاذا كان المولى عليه مسلما
تحقق المانعان ضرورة بالتزلزل وثبوت وان كان كافرا تحقق الاول
لا الثاني ولكن الاول يبعض بثبوت ولاية المشتري في النكاح في زمن
خيار البائع والمختار انه ان اريد بزوال الولاية عدم تاثير عقده بعد
الردة وان رجع الى الاسلام فهو مردود وان اريد به عدم لزومه
في الحال ما دام كافرا فاذا اسلم او استمر على الكفر حتى قتل او مات تبينا
صحته وفساده فهو حق ولا يكون هذا مخصصا بالنكاح بل سائر العقود

وقد صرح به المص في كتبه واختصار المنشأ ان نقل من نقل الملك المقتضي للولاء لله
فينتفي ومن الحجر عليه وثبوت السلطنة على المسلم فيزول وتحريم ما ذكره
قوله رحمه الله ولو اعتقت الامة كان لها الخيار في الفسخ على الفور وان
كانت تحت حر على راي قوله من حكمة الله تع تسلط الامة على فسخ النكاح
بعد العتق رافة بها حيث كانت مجبرة على التزويج فلو استمر كان
بغير مهر وهو اضرار ومن ثم فارقت الصبية والمجنونة والاصل ان
عائشة اشترت بريرة واعتقتها من وجب تخييرها النبي ص واله فاختارت
الفسخ ولا خلاف في جوازه اذا كان الزوج عبدا واما اذا كان حرا
ففيه قولان احدهما ثبوت الخيار وهو مذهب ابن الجنيد والمفيد والشيخ
في النهاية والقاضي وابن زهرة والفاضل والمحقق نجم الدين والشيخ
نجيب الدين يحيى بن سعيد والثاني عدمه وهو قول الشيخ في المبسوط
والخلاف ومنشأ الخلاف الشك في زوج بريرة هل كان حرا او عبدا فروى
ابراهيم عن الاسود عن عائشة انه حر ورواه ايضا الاصحاب والاصح انه
كان عبدا وهو مروي عن عائشة وفي صحيح ابن سنان عن الصادق عليه
كان لبريرة زوج عبد فعلى هذا ينتفي الاشكال في الحاق الحرة ووجه
الحاقه ما رواه ابو الصباح الكناني عن ابي عبد الله ع ايما امراة عتقت
فامرها بيدها ان شاءت اقامت معه وان شاءت فارقته وهو عام
بل قد قيل ان العبد ليس داخلا في العموم على ما ذكر في الاصول فالخطاب
اما مختص بالحر او شامل له وما رواه محمد بن ادم عن الرضا ع اذا اعتقت
الامة ولها زوج خيرت ان كانت تحت عبد او حر وفيه نظر لان في محمد

هذا

هذا كلاما او لمعنا الا رواية زيد الشحام عن الصادق ع وفيها نظر لان في
طريقها ابا جميلة وهو ضعيف وبوجود المقتضي في العبد وهو السلطنة
وقد روي ان النبي ص واله قال لها ملكت بضعك فاختاري فالعبودية
ملغاة وان الحرية مخيرة في الابتداء فكانا في الاثناء ولثبوت الخيار للمشتري
فيثبت لها التسليط لها على التصرف كتسلطه بل اعظم ووجه العدم ثبوت
العقد وعدم دليل الخيار قاله الشيخ وجوابه قد بيناه ولصحيحة ابن سنان
عن الصادق ع ان زوج بريرة كان عبدا وهو يدل بمفهومه على
عدمه في الحر والجواب انه معارض بالمنطوق لو كان حجة والاصح الاول
تذنيب اطبقنا على ان العبد المعتق لا خيار له الا ابن الجنيد مطلقا
وابن حمزة اذا كان مكرها ونصره المص في المختلف كالحر المكره وفيه نظر اما
اولا فلانه قياس محض وثانيا ما به الفارق فان العبد في حال الكراهة
عقده مستمر ثابت له حكم التزويج بخلاف المكره فانه لا يعتد به الا مع
الرضى بعد الاكراه وبعد حصول الرضى يمتنع فسخ الحر فالقول بان الحر
يفسخ لا يتحقق قوله رحمه الله فلا يثبت ولاية الوصي على الصغيرين
وان نص الموصي على الانكاح على راي قوله هل يكون الوصاية على الانكاح
او الوصاية المطلقة مقيدة بجواز الانكاح في صورة ما اولا والحق ثبوتها
في البالغ فاسد العقل او سفيها لا بمعنى اجبار السفيه بل بمعنى توقفه
على اذن الوصي اذا كان النكاح صلاحا له لعدم توقف زوال العذر
ولثبوتها للحاكم قائلا يرى فيحد مع السفيه قطعا ومع المجنون خلاف
لكنه لا يتجاوز واحدة اجماعا واما في الصغير ففيه قولان نعم اذا نص الموصي

على الانكاح وان لم يعين الزوج وهو قول الشيخ في الخلاف ولان الحاجة قد
تمس اليه دون مانعذر الكفو فالحكمة تقتضي ثبوتها تحصيلاً للمصلحة ولانه
قايم مقام الاب والجد ولجريانه مجرى البالغ فاسد العقل او سفيهاً ولعموم
فمن بدله بعد ما سمعه واختاره المص في المختلف بل ظاهر مذهبه ان له
مطلقا ثبوت الاولى قوله في فصل ما يجوز للوصي ان يصنعه في اموال اليتامى من
المبسوط لا استفاد ولا يثبت النكاح بالوصية لاصالة العدم وللتهمة كذا
احتج وتبعه الشيخ نجم الدين والمص وكثير كتبه والمختار مذهبه في
المختلف قوله رحمه الله ولو زوجها بمملوك لم يكن لها الفسخ وكذا لو
زوجه بمملوكه على راي اقول العبودية ليست من العيوب المسلطة على الفسخ
ولا مانعة من الكفاة عندنا فاذا زوج ابنته الصغيرة او المجنونة بمملوك
ثبت واستقر ولم يكن لها ازالته بعد الكمال واما الصبي اذا زوجه بمملوكه
فليس له الفسخ ايضا عند المص وجماعة لما تقرر من انها ليست عيبا
وعند الشيخ رحمه الله على ما قواه في المبسوط هذه المسلة ممتنعة لان
الشرط في اباحة تزويج الحر الامة عدم الطول وخوف العنت على الزنا
وفي الطفل بتقدير عدم الطول ليس خوف العنت موجودا بالنسبة
اليه فانتفى شرط الاباحة فتنتفي مشروطية الشرط ومبنى هذه المسلة
ومسلة تجاوز الامة للحر ومسايل اخر على جواز تزويج الحر الامة
وقد اختلف الاصحاب فيه على اقوال ا التحريم والبطلان الامع الشرطين
المذكورين وهو مذهب الحسن اما التحريم فلمفهوم الاية واما البطلان
فللنهي الدال على الفساد ب الكراهية والصحة لضعف المفهوم خصوصا هنا
لانه خرج

لانه خرج مخرج الاغلب وهو فتوى النهاية والفاضل وابن حمزة ونجم الدين
والمص ج التحريم والصحة وهو قول المفيد والقاضي بناء على المفهوم وعلى
القول بان النهي في غير العبادة لا يدل على فساد ولهم عبارتان احدها ان
احدهما انه تمتنع لمن عنده حرة وهو شي نقله في الخلاف الاخرى
او لا يحل الا بالشرطين ولم يتعرضوا فيها للبطلان وعدمه وهي عبارة
المبسوط والخلاف وابن الجنيد ومرجعهما الى ما ذكر والاصح الكراهية
فعلى هذا يلزم الحكم القول بانتفاء هذه المسلة في الصبي ولكن يتاتى
في المجنون والباقون لا يلزمهم القول بالانتفاء اما القول بالصحة
واللزوم وهو لازم لا فرقة الثالثة بل قد صرح بعضهم به او القول
بالتحريم واللزوم وهو لازم للثالثة او الاستفسار وهو لازم ه
لاصحاب العبارتين الاخيرتين وهناك سوال وهو ان احدا لم يقل
بالصحة ولان للصبي بعد الكمال الفسخ حتى ينفيه بقوله فكذا ليس
له الفسخ ويمكن ان يقال لما كان العقد لازما على مذهبه صدق في
الجملة ان ليس له الفسخ والراي مقدر بعده من صوره قوله رحمه
الله فلا يجوز نكاح الامة الا باذن مولاها في الدايم والمنقطع وان كان
امرأة على راي اقول والملك سبب في ثبوت الولاية على المملوك ومنع
غيره من التصرف فيه فيمتنع التصرف والنكاح من اعظم التصرفات
فيحرم الا باذن سابقا ورضا لاحق على الاصح وقد نص الله تعالى
عليه في قوله فانكحوهن باذن اهلهن لا يقال الاية يدل على تحريم نكاحهن
من غير اذن اهلهن الا بالمفهوم الضعيف لان التحريم هنا معلوم

عقلا ومستفاد من ادله خارجه من الكتاب والسنه ولقول الصادق ع
في نكاح الامه بغير اذن السيد هو زنا وهذا حكم متفق عليه من الكل
في رقيق الرجل وعند المراه في الغبطه والمتعه واما امة المراه فقد دلت
الروايه الصحيحه عن سيف بن عميره عن علي بن المغيره عن الصادق ع وعن
سيف ابن داود بن فرقد عن الصادق وعن سيف عن الصادق بلا
واسطه على جواز التمتع بها من غير اذنها وقد وردت بالفاظ قال او
عن الرجل يتمتع بامة امراة بغير اذنها قال لا باس به والمتعه حقيقه
شرعيه في النكاح المنقطع ونفي الباس نفي التحريم قطعا والثانيه عن
الرجل يتمتع بامة بغير اذن مواليها فقال ان كانت لامراة فنعم وان
كانت لرجل فلا والثالثه لا باس ان يتمتع الرجل بامة امراة فاما امة الرجل
فلا يتمتع بها الا بامره والتقريب فيهما كالاولى واما لفظ التزويج في
الثانيه فالمراد به والله اعلم المتعه اطلاقا للفظ العام على الخاص وهو وان
كان مجازا الا انه يصار اليه بقرينه وهي هنا موجوده وهي الجمع بين
المذكورات ولكن اكثر الاصحاب اعرضوا عن العمل بها لحنا فانها الادله
وربما ضعف بعضهم سيفا والصحيح انه ثقه والشيخ المفيد رحمه الله
بالغ في انكار مضمونها وكذا ابن ادريس والشيخ في النهايه عمل
بمضمونها وجعل القاضي ترك العمل بها احوط واعلم انه لا يتعارض
لهذه الروايه في الحقيقه الا الدليل العقلي الدال على تحريم التصرف في
مال الغير بدون اذنه ولكن الاحكام الشرعيه اخرجت كثيرا
من الاصول العقليه عن الدلاله لجواز اخذ مال الممتنع من الاداء مقاصه

لشروط

٥٤

لشروطه بغير اذنه وجواز اكل المار على النخل والشجر على المشهور ونحو
ذلك وبعد ذلك لا يمتنع جواز مثل هذه المسئله من غير اذن المراه اما لعله
خفيه لا نعلمها او لما يلحق الامه من المشقه بترك الوطي عند المراه الذي هو
اضرار ولا يزول الا بالوطي ولا سبيل الى الزنا ولا الى العقد الدائم لما
فيه من شده السلطنه والاضرار غالبا بها مع امكان زوال الضرر
بدونه فتعين جواز عقد المتعه [illegible] ان قيل به فهو جار عند شده
الضروره في كل زمان يمكن فيه زوالها لقيام الدليل الدال على الحظر
فيما علاه والمشهور بل المعتمد تحريم ذلك كله كامة الرجل [illegible] رحمه
الله ولو تزوج الحر امة بغير اذن المالك ووطيها قبل الرضى عالما بالتحريم
فهو زان وعليه الحد والمهر ان اكرهها او كانت جاهله والولد رق
ولو كانت عالمه مختاره فلا مهر وحدت ولو كان جاهلا بالتحريم او
حصلت شبهه فلا حد وعليه المهر والولد حر وعليه قيمته لمولاها
يوم سقط حيا وكذا لو ادعت الحريه فعقد ولو عجز عن القيمه سعى
وان امتنع قبل فكهم الامام من سهم الرقاب اقول قد اشتمل هذا
الكلام على مسائل الاولى اذا عقد الحر على امه بغير اذن المالك ولم يرض
المالك بالعقد بكرا ظاهرا او وطاها الزوج عالما بتحريم الوطي فانه
زان لتحقق معنى الزنا فيه اذ هو ايلاج الرجل فرجه في فرج امراه محرمه
بعينها قطعا فيحد لانتفاء شبهته وعليه المهر ان كانت مكرهه او جاهله
والا فالظاهر من كلام الشيخ في ثبوت المهر للكارهه والحق الثبوت لان
المسقط الزنا وهي ليست زانيه فيثبت لانه عوض بضعها ولده رقا

لان الزاني لا ولد له وهو هنا الام الثانية كانا عالمين مختارين فلا مهر لها
في الاصح وعليهما الحد للزنا الثالثة كان جاهلا بتحريم وطي الامة بغير اذن
سيدها او عالما به ولكن هناك شبهة كان وجدها على فراشه فظنها
زوجته ولم يدر انها الامة التي عقد عليها بغير اذن السيد فلا حد عليه
للحد بالشبهة وعليه المهر لانه عوض البضع ولا يسقط الا ثم هي
ان كانت عالمة بالتحريم ولا تدرى عنها الحد وفي ثبوت المهر هنا
احتمال العدم لانها بغي والثبوت لانه دخل على ذلك والولد هنا حر
عندنا سواء كان الزوج عجميا او عربيا لاصالة الحرية والروايات
ويلزم الاب قيمته يوم سقط حيا لانه انما ملك الغير وقد الحقه الشارع
به ووقف سقوطه حيا وقت الحيلولة ولو سقط ميتا فلا شي لانه
لا قيمة للميت ومن حال كونه حيا لا يقرر بالمقوم واعلم ان المصنف
لو قال في الثانية ولو كان هناك شبهة كفى عن قوله جاهلا بالتحريم
لانه من جملة الشبهات ولكن لما ذكر مقابله وهو العلم بالتحريم
الرابعة كان عالما برقيتها وبالتحريم الا انها ادعت الحرية وقامت
لها بينة ثم ظهر انهما شاهدا زور ولم يكتف بمجرد دعواها
عقد عليها لتجويز حريتها على تردد من هذه الصورة او كان لا
يعلم برقيتها فادعت انها حرة ثم بان الخلاف فقد عطفه
على ما وحكمه ثبوت المهر وسقوط الحد وحرية الولد وثبوت
القيمة يوم سقوطه حيا والمراد بالمهر هنا المسمى لانه عقد صحيح
ظاهرا والمراد به هناك مهر المثل وقال الشيخ في النهاية والقاضي وابن
حمزة

حمزة يكون عليه العشر او نصفه وربما نقل بعضهم عن القاضي ثبوت
المسمى وعن ابن حمزة ثبوت المهر ولم نقولا به ولم يذكر المص حكم الرجوع
بالمهر في جميع الصور وحاصله انه في صورة الجهل او الشبهة يرجع به
على المدلس وان كانت هي رجع عليها به بعد العتق مع تلفه او ببعضه
مع تلفه واما حرية الولد فهي مخالفة لفتوى الشيخ في النهاية وربما قال
بعضهم ان الشيخ نجم الدين في الشرائع والمصنف في القواعد بالرقية
كالنهاية وهو وهم لان ذلك في سياق قولهما وقيل والاصح ان الولد
حر لتبعيته الاشرف لما سيأتي والرواية من قول الصادق عم ولا يملك
ولد حر بنو بن ولد وضاضا فيه وهم وقد نص عليه ابن ادريس فخر
الفضلاء قوله ولو عجز عن القيمة سعى اذا انعقد الولد حرا او رقيقا
في صورة دعواهما الحرية لزمه قيمته فان عجز عنها سعى فيها الوجوب
الفك الذي لا يتم الا بالسعي فان امتنع من السعي قال في النهاية وتبعه
القاضي وابن حمزة يفديهم الامام من سهم الرقاب لما رواه سماعة
عن الصادق عم اذا الجائي ان يسعى في ثمن ابنه فعلى الامام ان
يفديه ولا يملك ولد حر ورده ابن الاختصاصه بالعبيد وهم غير
عبيد واعلم ان الرواية لا تدل على تمام مراد الشيخ في ان الامام
يفديهم من سهم الرقاب ومنع وربما اطلق لبعض الفك والمصنف
في المختلف لم يوجب الاستسعاء الا فيما اذا ثبت من رقبته وهو عاجز عنه
فيدخل تحت قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وجوز الفك
من بيت المال لانه من المصالح واجاب عن كلام الفاضل بان المدفوع

الى المولى انما هو عوض عن رقبته من شانها ان يقوم وتزايد المولى
عنها فقد خلت بحث وفي المرتاب وههنا فايده وهي ان محل الخلاف في
فدية الامام الولد في المسئلة الاخيرة وهو منطوق الرواية ولا تشغ
فمن سمع بان محل الخلاف كل موضع يجب على الولد الفك ولكن يحتمل الحاق
غير هذه الصورة بها للتساوي في العلة والغا الفارق قوله
رحمه الله ولو اشترى حصة من زوجته بطل العقد وحرم وطوها
وان اباحه الشريك جاز العقد على راي قوله هنا احكام الاول
بطلان العقد بالشرا لان ملك جزء منها محيل بقا العقد عليه لامتناع
ان يعقد الانسان لنفسه على امته عقدا والعقد لا يتبعض فيبطل
في بعضه ويصح في بعض اخر فتعين بطلانه ب تحريم الوطي لاستلزامه
التصرف في المنهي عنه ج لا سبيل الى حله باباحة الشريك او اجازته
العقد وهو فتوى ابن الجنيد والمحقق لعدم تبعيض سبب البضع للمنع
في قوله تع والذين هم لفروجهم حافظون الا على ازواجهم او ما ملكت
ايمانهم والتفصيل يقطع الشركة والمراد به هنا منع الخلو في الاستباحة
عن التزويج والملك ومنع الجمع بينهما وخالف هنا جماعة فمنهم
الشيخ في النهاية حيث قال حرمت عليه الا ان يشتري النصف الاخر
ويرضى مالك نصفها بالعقد فيكون ذلك عقدا مستانفا وتبعه القاضي
وتاوله المحقق في النكت بما يحمل على ايقاع البيع على النصف الثاني ه
فالتقدير الا ان يشتري النصف الاخر من البايع ويرضى مالك ذلك
النصف بالعقد فيكون الاجازة له كالعقد المستانف ويكون الالف

في قوله

في قوله او سهوا من الناسخ او يكون بمعنى الواو وهذا التاويل بعيد ومنهم
ابن حمزة فانه جوز التمتع بها في ايام الشريك باذنه كما يقوله المسح في
المسئلة الاتية باذنه عند المهاياة لاختصاصه بمنفعة تلك المدة ومنهم ابن
ادريس فانه جوز وطؤها لها اذا اباحه الشريك ورد بالتبعيض واجاب
المحقق بالمنع فان الاباحة نوع تمليك والوطء بالتمليك لا عن ويؤيده
رواية محمد بن مسلم عن الباقر عم في جارية بين رجلين دبراها جميعا ثم
احل احدهما فرجها لصاحبه قال هو له حلال ثم قوى المنع مطلقا والجواز
هو المختار قوله رحمه الله وكذا لو كان الباقي حرا لم يحل له بالعقد
ولا الاباحة ولا متعة في ايامها على راي قوله لما سبق انه لا يستباح
الفرج بسببين مختلفين ظهر انه اذا ملك بعض الجارية وبعضها الاخر
حر لم يحل له بالعقد لاستلزامه تعدد السبب ولا الاباحة لكن لكل الصا
يقال فلم قد قيل هنا كذلك بجواز الاباحة لا تقتضي الجميع ملكا ولم يكن هنا
كذلك لقوله ربما توهمه بعضهم وليس بجيد لانه ليس للمراة ان
تحلل نفسها اجماعا بخلاف الشريك واما اذا هاياها وعقد عليها
متعة في ايامها فالاظهر منعه ذهب اليه اكثر الاصحاب لانه لم يخرج
عن كونه مالكا لذلك البعض بالمهاياة وهو يمنع من العقد لاستحالة
العقد على ملكه وتعدد السبب لا يقال انها في تلك الايام مالكة لمنافعها
فيصح العقد عليها منه طلبا للفايدة كما صح اجارتها نفسها للعمل لانا
نقول نمنع دخول منافع البضع تحت المهاياة والاصح ان يمنع لغيره
في ايامها وفي النهاية يجوز التمتع بها في ايامها عملا برواية محمد بن مسلم

عن الباقر ع عن جارية بين رجلين دبراها جميعا ثم احل احدهما فرجها
لشريكه فقال هو حلال له قال وان احب ان يتزوجها متعه في ذلك
اليوم الذي يملك نفسها فليفعل وفي طريقها ضعف وقد تقدم مثلها
قوله رحمه الله طلاق العبد بيده وليس للمولى اجباره عليه ولا منعه
الا ان تزوجها منه فالطلاق بيد المولى وله الفسخ بغيره ولا يعد
الطلاق على راي اقول هنا مسئلتان الاولى اذا تزوج العبد باذن
مولاه حرة او امة لغيره فالمشهور ان الطلاق بيد العبد وليس للمولى
اجباره عليه لعموم الطلاق بيد من اخذ بالساق ولرواية ليث
المرادي عن الصادق ع حيث ساله عن جواز طلاق العبد ان كانت
فلا ان الله يقول عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وان كانت امة قوم
آخرين او حرة جاز طلاقه وهو صريح في جواز طلاقه الا انه لا
يدل على منع السيد منه مطابقة ولا التزاما للعموم المنافاة ولقائل ان
يقول التشريك قول ثالث وهو مردود خصوصا عندنا وكذا قصر
السيد على الفسخ دون الطلاق ولعدم علم ملكه احدهما رفع
النكاح ولحسنة علي بن جعفر عن اخيه الكاظم ع عن ابائه عن علي ع
ان رجلا اتاه بعبده يزعم انه تزوج بغير اذنه فقال علي ع فرق
بينهما فقال السيد لعبده يا عدو الله طلق فقال علي ع الان ان شئت
فطلق وان شئت فامسك فقال السيد يا امير المؤمنين امر كان بيدي
ثم جعلته بيد غيري قال ذلك لانك حين قلت له طلق اقررت له بالنكاح
فوض الطلاق الى نفسه العبد وظاهره انه تزوج بغير اذن مولاه قلت

قد اشتمل

قد اشتمل هذا الحديث على لطائف الاولى ان نكاح العبد بغير اذن السيد
لا يقع باطلا بل موقوفا ودل عليه ظاهر قوله فرق بينهما فانه ليس
المراد له ايجاب التفريق بل ظاهره اثبات ان له التفريق ولان
السيد قال الامر كان بيدي وهو اشارة الى التسمية العرفية والا مساك
ولرجوع الضمير في قوله ثم جعلته الى الامر الذي هو عبارة عن المشبه
المذكورة وهو المعنى الموقوف وكون الطلاق هذا كونها في تخيير العبد
لا ينافيه لحمله على الفرقة المملكة في حق السيد الثانية ان الاعتراف
بالتابع او اللازم اعتراف بالمتبوع والملزوم كطلب منكر البيع الاقالة او
الثمن وعليه دل قوله الان فان شئت فطلق الثالثة ان الاجازة ليست
على الفور بل ان يخير ما لم يفسخ لان قوله طلق كان بعد مضي ما وقع
هذه نظر وخالف هنا الحسن وابو علي ابن الجنيد حيث نفيا مالكية العبد
الطلاق مطلقا لرواية زرارة عن الباقر والصادق عليهما السلام
انهما قالا لا يجوز طلاقه ولا نكاحه الا باذن سيده قلت فان زوجه
السيد بيد من الطلاق قال بيد السيد ضرب الله مثلا عبدا مملوكا
لا يقدر على شيء افشيء الطلاق ولقول الصادق ع في رواية شعيب
بن يعقوب العقرقوفي لما سئل عن طلاق العبد ليس له طلاق ولا نكاح
والنكرة في سياق النفي للعموم والجواب ان العام يخص بالمنفصل وقد
اوردنا حديثا خاصا وقد تقرر في الاصول على ان المصنف في المختلف
نفى بعد هذا القول الثانية اذا تزوج بامة مولاه فالطلاق بيد المولى
هنا قطعا وهو اجماع مركب لهم فيه بحوث الثالثة ان الطلاق اذا كان بيد

المولى لا يتعين عند الفرقة لفظ الطلاق لصحيحة محمد بن مسلم قال سالت الباقر عم عن قول الله عز وجل والمحصنات من النساء الا ما ملكت ايمانكم قال هو ان يامر الرجل عبده وتحته امته فيقول اعتزل امراتك ولا تقربها ثم يحبسها حتى تحيض ثم تمسها وهذا مستفاد من منطوق الكتاب ج اذا طلق المولى عدة الطلقات لدخوله تحت العموم كذا قال بعض الاصحاب وفيه كلام مبني على ان تزويج السيد عبده بامته هل هو عقد او اباحة وهذا مستفاد من مفهوم قوله فلا يعد اشارة الى الفسخ فمفهومه ان الطلاق يعد ج اذا فسخ المولى بلفظ الفسخ او الاعتزال هل يكون ذلك الفسخ طلاقا لمعنى احتياجه الى شروط وطروء لوازمه ام لا مبني على ان ما ذكر ان قيل انه اباحة فلا قطعا وان قيل انه عقد فوجهان احدهما انه طلاق لقيامه مقامه في تاثيره ولانا المعهود في الفسخ العيوب والتدليس ونحوها وهنا رفع قيد النكاح بلا توسط امر حتى ولا تراخ وهو قول بعض الاصحاب والثاني انه فسخ وهو الاصح اختاره ابن ادريس ونجم الدين والمصنف لانه تلفظ والمجاز خلاف الاصل ولامتناع الكناية عن الطلاق عندنا وهذا ايضا نفس لفظ المتن ج لو طلق العبد بغير اذن هل يبلغ طلاقه ام لا فيه وجهان وبعض الفقهاء بناهما على انه عقد واباحة وهو ضعيف لانه على القول بالاباحة لو طلق السيد او العبد باذنه لا يقع طلاقا في الصحيح فتعين كونه اولى فالاولى بناؤهما على انه عقد فوجه الوقوع انه اخذ بالساق وغايته انه منهي عنه الا باذن السيد والنهي لا يدل على الفساد هنا ووجه عدمه ما نقل من قول الصادق ع

ليس

ليس له طلاق ولا نكاح وليس المراد نفي الحقيقة قطعا بل اقرب المجازات وهو نفي الصحة وهو الاصح وهذا الفرع يستفاد من قول المصنف فالطلاق بيد المولى لا بظاهر الحصر ج لو امر مولاه بطلاقها هل يكون هذا الامر فسخا وجهان احدهما نعم لتضمنه الاعتزال وهو معنى الفسخ ولان عصمة النكاح العبد امة السيد ضعيفة يكفي رفعها ادنى امارة وقد وجدت فتوجد والثاني لا وهو الاصح لان الامر بالطلاق يتوقف على بقاء الزوجية الى حين ايقاعه فلو دل على الامر الفسخ لتنافي لوازم اللفظ وانه محال ولان الامر بالطلاق يستلزم ارادته لان ظاهر لفظ الامر بالطلاق ارادة الطلاق من العبد وذلك يتوقف على فعل العبد فلا يحصل قبله وارادة الشيء يستلزم كراهة مناقضه والفسخ مناف للطلاق لتنافي لوازمهما وارادة الطلاق يستلزم كراهة هذا الفسخ فلو وقع لزم وقوع المكروه وارتفاع المراد وانه باطل وقيل عليهما ان المحال انما لزم من فعل الامر بالطلاق مستعملا في حد لوله اما اذا استعمل في الفسخ فلا ويندفع بان الاصل الحمل على الظاهر لانه حقيقة فيه فاحتج بعض بانه يلزم من كونه فسخا عدمه واللازم باطل بيان الملازمة انه يقتضي يمتنع المامور به فيبطل الامر لامتناع الامر بالمحال فيبطل الفسخ لكونه اثره ويضعف بمنع الملازمة لمنع المامور به فيبطل الامر فلنا المامور به هو الطلاق ولا ريب في امتناعه لوجوب الفسخ ولا يلزم منه امتناع الامر لان امتناع المامور به انما كان بسبب تضمن الامر الفسخ فلا يكون اثر الامر عليه من امتناع الامر ويستفاد هذا الفرع فيما استفيد منه الدافع وحكمه بناء على ان التزويج

عقد والا لكان اباحة وتقوى احتمال الفسخ ويلحقه ذنباه كالذي قبله
انه لو طلق العبد بامر السيد على بعد برامره ليس فسخاً هل يكون هذا
الطلاق فسخا وجهان نعم للتلفظ بالطلاق فيحمل على حقيقته ولانه اخذ
بالساق ومنع لحوق السيد منه فاذا اذن فيه زال المانع ولا لما تقدم
في رواية ليث والاجود انه طلاق قوله رحمه الله في القسم الثاني في
المتعه ويشترط المضي على راي اقول الخلاف في اشتراط المضي في عقد
النكاح سواء كان متعة او دواما وانما اعقل ذكره في الغبطة وذكره
في المتعه لدلالة الروايه على انعقادها بلفظ المستقبل في الايجاب وربما
التزم ملتزم بانعقادها به ومتعة في الدايم والمشهور اشتراط نص
عليه ابن حمزه والمصنف في بعض كتبه لانه صريح في الانشاء وما عداه محتمل
كالمستقبل لانه يحتمل الوعد فلا يتمحض للسبب وخالف هنا طوايف الا
القائلون بانعقاده بلفظ المستقبل كالحسني والمحقق عملا بروايه
ابان بن تغلب عن الصادق عم اتزوجك متعه فاذا قالت نعم فهي امرأتك
واجيب بمنع السند حجة ب القائلون بانعقاده بلفظ المستقبل الامر وهو
ظاهر كلام الشيخ في المبسوط لدلالة الخبر سهل عليه في الدوام ففي المتعه
اولى ج القائلون بانعقاده بالمتعينين ومتعينين وهو قول السيد في
الناصريه والقاضي والتقي د القائل بانعقاده بالاجازة وهو قول السيد
فيها وهذا ابعدها والاجود الاول قوله رحمه الله ويشترط اسلام
الزوجه او كتابيتها على راي اقول هذه المسئلة ليس الخلاف مختصا وانما
افردها بالذكر لان كثيرا من الاصحاب منع من تزويج الكتابيه في الغبطه

ايضا م

وجوازه

وجوازه في المتعه فلنحرر الاقوال التي وصلت الينا والناكحين فنقول اختلف
الاصحاب على اقوال آ منع المسلم من العقد على الكتابيات وباقي الكفار متعه
ودواما ووطي المجوسيه مطلقا وجواز وطي اليهوديه والنصرانيه بملك
اليمين وهو ظاهر اختيار المفيد رحمه الله وابن ادريس وان كان في
كلامه اشتباه واطلق المرتضى حظر نكاح الكتابيات لقوله تع ولا تنكحوا
المشركات حتى يؤمن والنهي للتحريم والنكاح حقيقه في العقد فيكون
منهيا عن العقد والتخصيص خلاف الاصل والشرك في اليهود والنصارى
لقوله تع اتخذوا احبارهم الى قوله سبحانه عما يشركون وفي النصارى
لقولهم بالاقانيم فيثبت تحريم نكاح كل مشركه فان قلت هذا الدليل
لا ينتج المطلوب ولا يستلزمه فيكون فاسدا لان المطلوب لا ينتج الا مع
القول بفساد العقد والدليل انما دل على تحريم العقد وليس المطلوب
وهو ظاهر ولا مستلزما له لان النهي في غير العبادة لا يفسد قلت
النهي عنه هنا هو النكاح فهو اما حقيقه في الوطء فيتم المطلوب او في
العقد وح يتم ايضا لان النهي هنا غايته تحريم الوطء ولولاه لما وجد
وفيهما معا فان اشتمل المشترك في كلا معنييه انتج المطلوب ايضا
والا حمل على الوطء بقرينة الاهتمام به وهذا الجواب لا باس الا انه جعل
النكاح حقيقه في الوطء يلزم منه التخصيص لان القائل بهذا القول يبيح
اليهود والنصارى بالملك كما ذكر والاولى ان يقال آية النكاح حقيقه
في العقد وهو الحق لانا لا نعني بالحقيقه هنا مطلق الحقيقه بل الشرعيه
ويكون الجواب كما مر ب تحريم من عدا اليهود والنصارى مطلقا واباحة

تزويج حرائر الفريقين غبطة ومتعة لا امائهما بالتزويجية وهو قول
الحسن ابن ابي عقيل ومن نقل عنه الاباحة للفريقين مطلقا فقد تساهل
ونقل عن المفيد في العزية الجواز متعة ودواما وعلي بن بابويه رحمه الله
ظاهره كراهية التزويج للفريقين وكذا ابنه الصدوق وزاد التصريح
بتحريم المجوسية وجوز وطئها ملكا ويعزل وابن الجنيد جوز وطء
الكتابية غيرها بملك اليمين ونهى عن طلب الولد الا من الكتابية وحرم
العقد على الامة الكتابية وكذا حرمه الشيخ في الخلاف ومطلق العقد على
مطلق المعقود عليها من اهل الكتابيين في دار الحرب واجازه في دار الاسلام
عند الضرورة بالكره مع المنع من ثنتا والمحرمة عندنا والثلث المشروط
الاخيرة يظهر فيها الاستحباب واستثنى نصارى تغلب والحق السامرة
الاسرائيليين باليهود في قوله نوادرون وفي النهاية تجوز نكاح اهل
الكتابيين اضطرارا دواما واختيارا متعة وملك اليمين وتكره المجوسية
متعة وملك يمين وكذا في الوسيلة وظاهر كلام القاضي وهذه المحكيات
هنا قد اشتركت في قدر واحد وهو جواز عقد الدوام باهل الكتابين
وان اختلفت بقيود ويدل عليه قوله والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب
من قبلكم الاية حكم بانهن محصنات وهو اعم من احصانهن بمسلم او
كافر ولانه عقبه بقوله فاتوهن اجورهن وهو المعنى بالمهر اللازم بالعقد
واجيب بانها منسوخة لحسنة زرارة حيث سال الباقر ع عنها قال
هي منسوخة بقوله تع ولا تمسكوا بعصم الكوافر وبقوله تع واحل لكم ما
وراء ذلكم والتمسك هنا ضعيف وصحيحة معوية بن وهب وغيره عن الصادق ع

في الرجل

في الرجل المؤمن يتزوج اليهودية والنصرانية قال اذا اصاب المسلمة فما يصنع بهما
قلت قد يكون له فيهما الهوى فقال ان فعل فليمنعها من شرب الخمر واكل
لحم الخنزير واعلم ان عليه في دينه غضاضة وقول الباقر ع كانت تحت طلحة
على عهد رسول الله ص يهودية واقله النبي حجة وقوله لا باس به في
اشارة الى ما بينا له محمد بن مسلم عن نكاح اهل الكتابيين ولنفي الباس في
التحريم ع تحريم الدائم وجواز التمتع باهل الكتابين والوطء بملك اليمين
وتحريم المجوسية مطلقا وهو ظاهر المبسوط واختاره سلار ومتركه
قول الشيخ ويدل على بعض هذه المدعيات عموم قوله تع الا على ازواجهم
او ما ملكت ايمانهم وقول زرارة سمعته يقول لا باس ان يتزوج اليهودية
متعة والظاهر انه الامام ورواية محمد بن سنان عن اسمعيل بن سعد
الاشعري قال سالته عن التمتع باليهودية والنصرانية قال لا ارى بذلك
باسا قلت فالمجوسية قال اما المجوسية فلا ع تحريم الدائم مطلقا وجواز
الوطء بالمتعة وملك اليمين المفرق الثلاثة وهو اختيار المحقق نجم الدين
والمص في كثير من كتبه وتوافقه قول الشيخ في النهاية ومن يتبعه الا انه جوز
الدائم اضطرارا وهو المختار لان فيه جمعا بين الادلة والاقوال وقد مضى
ما يصلح ان يكون دليلا لبعض احكامه واما ما يخص المجوسية فرواية محمد
بن سنان عن الرضا ع قال سالته عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال لا
باس فقلت فمجوسية قال لا باس به يعني متعة ولفظ يعني متعة من كلام
الشيرازي وهو اعرف بمقصد الامام ع لانه السائل ولكن يمكن عوده
خاصة ويمكن عوده الى الجميع وعلى التقدير الاول يحمل

المتعه لدليل من خارج قوله رحمه الله الثالث الاجل فلو اخل
به بطل على راي قوله قد اختص النكاح المنقطع بشروط زايده على النكاح
الدايم فمنها الاجل والمهر لصحيحه زراره عن الصادق ع قال لا تكون متعة
الا بامرين اجل مسمى لصحيح اسماعيل بن فضل الهاشمي عنه حين ساله
عنها فقال مهر معلوم واجل معلوم ولا اشكال في بطلانه اذا عري
عن المهر اتفاقا واما اذا عري عن الاجل فالنقل انقلابه دايما وهو قول
الشيخ القاضي والتقي وابن زهره وقطب الدين الكيدري ونجم الدين
ونجيب الدين واكثر الاصحاب للنقل الصريح من طرق عديده عن الصادق
ع فمما رواه ابان بن تغلب وقد ساله عن المتعه فقال اني استحيي ان
اذكر شرط الايام فقال ذلك اضر عليك انك اذا لم تشترط كان تزويج
مقام وخرج ابن ادريس بطلانه اذا كان بلفظ المتعه والمصنف
البطلان مطلقا تبعا لوالده وشيخه ولان الاشتراط المتعه بالاجل والمشروط
عدم عند عدم الاجل ويدل على الاول الحديثان المذكوران في صدر
المسله على الثاني ان قضيتها اشتراط ذلك وتقريره في الاصول وللدايم
غير مقصود فيبطل لتبعيه العقد القصد والظاهر ابن ادريس بذلك
هذه الزياده لظهورها ولا نصح الاول والجواب عن الثاني انا نمنع
تاثير القصد في العقد والسبب اجماعا على ان عقد النكاح اذا تضمن
شرطا فاسدا صحيح مع بطلان الشرط وسبب الانعقاد
وهو الايجاب والقبول موجود غايته المنقطع وهو غير
موثر كالشروط الفاسده هذا خلاصة كلام الشيخ المحقق في النكت

وقوله

وقوله الدايم غير مقصود قلنا قصدها المنقطع يستلزم قصد مطلق
النكاح الصالح للدايم والمصنف احتج على الاول بموثقه عبد الهوى عن
الصادق ع قال ان سمي الاجل فهو متعه وان لم يسم الاجل فهو نكاح
باق واجاب عنها بالحمل على ما اذا لم يرد المنقطع وعقد بلفظ التمتع
جمعا بين الاول والقول المعتمد التمسك بالروايه السالفه ونحوها ما لم
يقبل الثاني وبل على انا نقول ان اللفظ ظاهر يدل على غير المسله اعني
اذا اعقل الاجل في عقد المتعه فحمله على غيره خلاف الظاهر ولم نجد
عليه الا ذلك الدليل وقد سلف ضعفه قوله رحمه الله ولا يقع بها
لعان على راي ولا طلاق ولا ظهار على راي ولا ميراث وان شرطه
لها على راي قوله انما ذكر هذه المسايل الثلاث في باب لانها احكام
قد اشتركت في الخروج بها عن لوازم الدايم والاختصار فالمسله الاولى
ان المستمتع بها لا يقع بها لعان مطلقا اي سواء كان لنفي الولد
او القذف وان خالف الصدوق في سببية القذف وسوا كانت
حره او امه لمعنى انها ليست محلا قابلا للعان وهو ظاهر قول الصدوق
وابن الجنيد وفاقا للشيخ في النهايه وابنا عه وابو الصلاح والمحقق
والمصنف وهو المختار لصحيح ابن سنان عن الصادق ع لا يلاعن الحر
الامه ولا الذميه ولا التي يتمتع بها ومثله روايه علي بن جعفر عن اخيه
موسى ع لا يقال انما دلت على ان الحر لا يلاعن المستمتع بها فقصده للعطف
قلنا ان العبد ليس كذلك فنقول الحر به هنا ملغاه لان ذكرها في المعطوف
عليه للغالب فلم قلتم انها حاصله هنا لم نقل بالفرق وقال

المقصد في العزية والمرتضى يقع بها زوجة قطعاً والا لانحلت
لانها ليست بملك يمين ولو لم تكن زوجة حرمت ضرورة انحصار سبب
الفرج في العقد وملك اليمين على البدل وكل زوجة يقع بها اللعان لقوله
تع والذين يرمون ازواجهم والجمع المضاف للعموم ولا يقال انها
نزلت في العقد الدائم فنقول عندنا ان العبرة بعموم اللفظ لا خصوص
السبب وقد تقرر في الاصول والجواب المخصص لدليل وقد مر واقوله
لا يمكن ورود الخلاف في نفي الولد اذ ينتفي عنه بمجرده بلا قذف فمن
جعله تفصيلا تسامح **الثانية** انه لا يقع بها ظهار وهو مذهب ابن
الجنيد والصدوق واختاره الفاضل ابن ادريس لان المظاهر يلزم
بالفئة او الطلاق وهو هنا متعذر والالزام بالفئة وحدها بعيد
وبهبة المدة بدل الطلاق لعدم [illegible] يتوقف على المرافعة في المتمتع
بها وفيه ما فيه ونوادر مثل ابن فضال عن الصادق ع الظهار مثل
الطلاق والمماثلة ينبغي ان يكون في جميع الاحكام والا لصدقت المخالفة
والجواب الكل ضعيف جدا وقال الحسن والمفيد والمرتضى والتقي وابن
زهرة والكندري والمحقق والمصنف في احد قوليه يقع وهو ظاهر
اختيار نجيب الدين لعموم الاية والتقريب قريب مما تقدم وهو
الاقرب **الثالثة** انه لا توارث بينهما باصل النكاح ولا باشتراطه
بمعنى انتفائه منه وبالعكس وهو ظاهر الصدوق والمفيد وصريح
قول الشيخ وابن ادريس والمصنف لاصالة العدم ولرواية سعيد بن
يسار عن الصادق ع وقد ساله عن المتمتع بها اذا لم يشترط الارث قال

ليس بينهما

بينهما ميراث اشترطا او لم يشترطا ولان الشرط لغير الوارث محال اذ سببية
الارث شرعية لا جعلية والاستدلال بانه يلزم الزيادة على النص وهي
نسخ ضعيف من وجوه أ منع الزيادة على النص فان من جملة المنصوص ع
الزوجية وهي زوجة ب انا لا نسلم ان الزيادة نسخ وقد ذكر في فن
الاصول ج انا لا نسلم استحالة النسخ بخبر الواحد وهو مذكور ايضا
وقال هنا فريق ان الموارثة لازمة على ان المقتضي هو ماهية العقد
لا اشتراط شيء مع عدم ما ينفيه السبب وهو منقول عن القاضي عملا
بالعموم وهو ضعيف لان الادلة مخصصة كتخصيص القاتل والكافر د
ان المقتضي للتوارث هو شرطه ولعدمه عدمه وتوكده شرط عدمه
وهو فتوى النهاية واتباع الشيخ الا القاضي لعموم المسلمون عند شروطهم
ولحسنة البزنطي عن الرضا ع في المتعة ان اشترطت الميراث كان
وان لم يشترط لم يكن ولصحيح محمد بن مسلم عن الصادق ع انه قال فان
اشترطت فهما على شرطهما **فرع** على هذا القول لو شرطاه لهما
توارثا قطعا ولو شرطاه لاحدهما ولم ينفياه الاخر ولا اثبتاه ففيه
بحث من غلبة الارث من الجانبين عند وجوبه في واحد فيحمل مطلقه
عليه ومن ان مطلق العقد لا يقتضيه فيبقى على الاصل وقد وقع مثله
في المسلم والكافر عندنا وكذا في الراجع بعد اللعان في البنوة ولو شرطاه
لاحدهما وشرطا عدمه للاخر فهو اشد اشكالا من الاول فانه
هنا يحتمل بطلان شرط الارث على لان غلبته من الجانبين
مشعر بالتلازم فاذا افرداه اخرجا وجوده مجرى

علمه فيحمل على صحة الشرطين عملا بالعموم من الاشتراط ويحتمل صحة شرط
الارث وتوارثهما من الجانبين لوجود المقتضي للارث في المشترط له
فيسحب في الاخر قضية التلازم لان المقتضي للارث هو الماهية
لشرط الانسي فيسب مع الاطلاق فالعقد ينتفي مع اشتراط عدمه واشتراط
وجوده تاكيد وهو قول المرتضى وهو كلام الحسن للاية وسقوطه بالشرط
لحديث المومنون عند شروطهم ولقول الباقر ع في موثقة محمد بن مسلم
على المتمتعين انهما يتوارثان اذا لم يشترطا وانما الشرط بعد النكاح
واجاب عنهما الشيخ بان المراد به اشتراط الاجل اي ان لم يشترط
الاجل توارثا قلت وفيه نظر من وجهين احدهما مخالفته الظاهر
لانه لم يجر للاجل ذكر واضمار المذكور في سياق الكلام اولى من اضمار
غيره والثاني قوله وانما الشرط بعد النكاح سواء المراد به الاجل
لا شك في ان اشتراط الاجل يكون في متن العقد ولا يكفي جعله بعد
الاجل قوله رحمه الله ويحل بالتحليل من الشريك على راي اقول قد تقدم
البحث في هذه المسئلة وانما اعادها لتغاير موضوع المسئلتين فان
موضوع الاولى ما اذا كان متزوجا بامة مشتركة فاشترى نصيب
احدهما وموضوع الثانية ان الجارية المشتركة اذا احل احد الشركاء
صاحبه هل يحل ام لا فهو اعم من موضوع الاولى وظاهر فتواه هناك
التحريم وله الاباحة ولـه طاب ثراه مقام كتبه بخطه القواعد
انه راى والده سديد الدين رحمه الله في النوم وهو المسئلة
وقد منع من جوازها واستدل بان البضع لا يتبعض فاجابه والده بان

التبعيض

التبعيض غير حاصل لانا نقول البعض حلال بالملك فاذا حلل له الحل البعض
٧١ الاخر بالتحليل بل كلها حرام وبالتحليل حل جميعها فالسبب متحد واقول
فيه نظر لانه مسلم ان الجميع حرام قبل التحليل ولكن عند التحليل لم يستفد
الحل من التحليل خاصة والا لم يحل له ضرورة ان التحليل يختص بالشقص
المملوك فلا بد من القول بحل الشقص الاخر والسبب له الا الملك والحق
الجواز لما تقدم قوله رحمه الله ويجوز ان يجعل عتقها صداقها فيبتدي
بالعتق على راي اقول تزويج الانسان امته باي مهر كان ممتنع الا
اذا كان المهر العتق فانه جائز والاصل فيه ان النبي صلى الله عليه وآله اعتق صفية
وتزوجها وجعل عتقها مهرها ولم ينقل انه امهرها غيره واختصاصه
به غير معلوم ولانه معلوم من مذهب اهل البيت في جملة الروايات عنهم
رواية عبد الرحمن ابن ابي عبد الله عن الامام الصادق ع حيث
ساله عن الرجل يريد ان يعتق امته ويتزوجها ايجعل عتقها مهرها
او يعتقها ثم يتزوجها فقال يجعل عتقها صداقها ان شاء وان شاء
اعتقها ثم اصدقها ولا يجوز نكاحها الى اخره لا يراد به انه لا يصح العقد
عليها الا بعد اذا اعتقها وذكر المهر وجب والا وجب بالدخول مهر المثل
وبالطلاق المتعة او نصف ما يحكم به فتح لا بد من المهر المغاير للعتق
في الجملة بخلاف الاول فان العتق كاف ومنها رواية محمد بن مسلم عن ابي
جعفر الباقر ع ايما رجل شاء ان يعتق جاريته ويتزوجها ويجعل عتقها
صداقها فعل وغير ذلك من الروايات وافاد المحقق سؤالات
واجوبتها ان العقد ها هنا ممتنع لا يمكن تصوره البضع لغيره

ولان المهر يجب تحققه قبل العقد وهو غير محقق على تقدير تقديم التزويج
الذي هو مذهب الاكثر ولانه يلزم منه الدور لان العقد يتوقف على
المهر الذي هو العتق هنا ولم يتحقق العتق الا بعد العقد واجاب
بتقدير منا فانها للاصل يجب المصير اليها لتحقق منشئه وعينها بالنقل
المستفيض وزاد شيخنا الامام المصنف رحمه الله انه لا استبعاد
في ضرورة هذه المسئلة اصلا مستقلا كما جاز صرف الدية على العاقلة
كذلك بدلك قال الشيخ نجم الدين انما يمنع من العقد على مملوكته لبقاء الرقبة
وليست باقية هنا لان العتق والعقد متقاربان ولانه كما جاز ان
يعقد لغيره عليها لعدم ملكه ذلك الغير جاز ان يعقد عليها لنفسه
لعدم استقرار ملكه فتصير حرة ومنع وجوب تحقق المهر قبل
العقد والسند التفويض وان اراد بالتحقق وجود شيء ما له صلاحية
الاصداق قلنا بموجبه وهنا العتق له صلاحية ذلك نعم ان العتق
يقارن العقد يجري مجرى الموجود والدور غير لازم لانا نمنع توقف
العقد على المهر وان استلزمه فان العقد عليها في نفسه جائز واما
صلاحية الاصداق فلجبرها فلم لا يجوز جعلها فكم ملكها مهرا لها
اذا تقرر ذلك فالشيخ الصدوق و في النهاية والمبسوط واتباع
الشيخ وابن ادريس والمحقق على اشتراط تقديم التزويج وجوزها العلامة
قدم العتق عملا برواية علي بن جعفر عن اخيه موسى عم انه سأله عن رجل
قال لامته اعتقتك وجعلت مهرك عتقك فقال عتقت وهي بالخيار ان شاءت
ان شاءت فلا فان تزوجته فليعطها شيئا ولو قال قد تزوجتك

وجعلت

حب

وجعلت مهرك عتقك فالنكاح واقع واجاب عنها المص بالقول بالموجب
لمغايرتها المتنازع فانه ليس فيها اعتقتك وتزوجتك فيمكن ان يكون
ثبوت الخيار لاجل عدم التلفظ بالتزويج وقال الشيخ في الخلاف ظاهر
انه يجوز تقديم العتق عملا بعموم الروايات وظاهر المفيد وابي الصلاح
وجوزه واجازة المص في المختلف حذرا من عقده على امته وتمنع الخيار
لان الثاني من تتمة الكلام فهو جار مجرى ما لو قال اعتقتك وتملكه
خدمة سنة فانه يلزمها الخدمة وان تاخرت عن العتق فرع اكثر
الاصحاب على ان العبارة تزوجتك وجعلت مهرك عتقك من غير تلفظ
بالعتق قالوا والعتق يقع بقوله وجعلت عتقك مهرك وكما انه لو قال
لها تزوجتك واصدقتك هذا الثوب فانها تملكه بالقبول فكذلك لو
جعل العتق مهرا فانها تملك نفسها به فتنعتق وربما نوقشوا في
العبارة في قولهم تملك نفسها لان الملك نسبة لا بد فيها من تغايره
المضافين بالذات لا بالاعتبار وهذه مناقشة لا طائل تحتها لانه
ليس المراد من قولهم ملكت نفسها حقيقته بل مجاز الوجود غاية الملك
فيها على ان هذا المناقش كلامه وارد على النصوص عن الائمة عليهم
السلام فانه في مواقع كثيرة لا تحصى ثم ليت شعري من الذي منع
المجاز في كلام الله تع ورسوله ص واله ومن المحققين فضلا عن الفقهاء
قوله رحمه الله فان استولدها وافلس بالثمن ومات ففيها خلاف قد
على راي اقول هذا اختيار الفاضل ابن ادريس والمحقق نجم الدين لمصادفة
العتق والتزويج الملك الصحيح وهو يوجب حرية الولد وهذا لان الاصدا

لاشك فيهما فما عارضهما يجب تاويله ان امكن التاويل او اسقاطه اذ ليس
قطعيًا وقال ابو علي الحسن وابناعه يبطل العتق ويرث الولد اذا لم
يخلف غيرها لقوله لا سالم عن ابي بصير قال سُئل ابو عبد الله ع
عن رجل باع من رجل جارية بكرًا الى سنة ثم اعتقها المشتري في العدو جعل
مهرها عتقها ثم مات بعد ذلك بشهر قال ان كان له مال او عقده يحيط
بقضا ما عليه من دين فعتقها كان عتقه ونكاحه جائزا وان لم يكن ما يحيط
بقضا ما عليه من الدين في رقبتها كان عتقه باطلا لانه اعتق ما لا يملكه وارى
انها رق لمولاها الاول واذا علقت فالذي في بطنها مع امه كهيئتها قال
المحقق ان سلم هذا النقل فلا كلام لجواز استثناء هذا الحكم من جميع الاصول المثناة
لعلة لا يعقلها لكن عندي ان هذا خبر واحد لم يعضده دليل فالرجوع الى
الاصل اولى وتاول الرواية شيخنا المصنف قدس الله روحه في كتبه بالحمل
على وقوع العتق والنكاح والشراء في مرض الموت فانه يختار البطلان في المنجزات
مع وجود الدين المستغرق قال شيخنا السعيد عميد الدين طاب ثراه هذا
التاويل لا يتم الا في عودها الى الرق واما ان الولد رق فلا لان غايته
بطلان العتق في المرض فيتبع منه واذا وطي الحرامشه لا ينقلب والده رقا
وحملها بعضهم على فساد البيع وعلم المشتري به فانه يكون زانيا ويلحقه
الاحكام وفي التاويلين نظر اما كلام المص فلانه لا مدخل له في فرع الشرا
لوقوع الشراء في المرض بل المدخل للعتق سواء وقع الشراء في المرض او في الصحة
فهو حينئذ مستدرك واما التاويل الثاني لان الرواية انه اذا خلف
ما يقوم بقضا ما عليه يكون العتق والنكاح جائزين او لم يخلف

ولبعض

٧٣

وبعض الفضلاء قال ليس في الرواية ما يدل على رقية الا قوله كهيئتها
وهو اعم من ان يكون كهيئتها في حال الحكم بحريتها قبل ظهور عجزه عن الثمن فيكون
حرا وبعده فيكون رقا ولا دلالة للعام على الخاص باحدى الدلالات واقول
هذا كلام التعصب فان المفهوم من قوله كهيئتها ليس الا ان حكمه حكمها في حال
السؤال وقد حكم قبل ذلك انها رق فيكون الولد رقا فهو دال على رقية الولد
بالمطابقة اذ هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى ولو صح هذا التاويل امكن الكلام
على كل نص من الشارع وفي التزام هذا ما لا يخفى ثم اعلم ان المص رحمه الله
هنا اطلق الشراء ولم يقيد بالنسيه والاحوط التقييد لان الالحاق هنا ممتنع
ولو للمخالفة وجه ما لشدة المخالفة للاصل فينبغي تتبع النص قوله رحمه
الله النظر الثالث الاباحة والصريح التحليل والاباحة على راي ولا يستباح
بالعارية وهل يستباح بهبة الوطي او تسويغه او تمليكه الاقرب عدم ذلك
اقول تحليل الامة جائز عندنا وهو اصل من اصولنا ومرجعه الى العقد او
الملك ضرورة الانحصار فيهما وربما منع من التحليل شاذ من الامامية انقرض
سبقه الاجماع وتاخر عنه لنا اجماع الامامية وهو حجة خصوصا عند المخالف
منهم ولتظافر الروايات عن اهل البيت عليهم السلام به فمنها صحيح محمد
ابن بزيع انه سال ابا الحسن ع عن امراة احلت له جاريتها فقال ذلك لك قلت فان
فانها كانت تمزح فقال كيف لكم بما في قلبها فان علمت انها تمزح فلا فقوله ذلك
اشارة الى التحليل وفي معناها رواية عبد الكريم عن ابي عبد الله ع قال قلت له
الرجل يحل لاخيه فرج جاريته قال نعم ما احل له منها وهو اعم من السؤال فلا
يتخصص وفي معناها رواية محمد بن مسلم عن ابي عبد الله عليهما السلام ورواية

عن الباقر عم ولرواية محمد بن مضا   عم قال له يا محمد خذ هذه
الجاريه تخدمك وتصيب منها واذا خرجت فاوردها الينا لا يقال ليس في هذه
لفظ الانشا فكيف يستباح ممول جاز لعدم الاشتمال على هذا او تاخره عنه
وهذه وان كانت في بعض رواتها كلام فلا شك في قبولها والعمل بمضمونها
احتجوا بقوله تع الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم والتحليل ليس واحدا
وبرواية عمار عن ابي عبد الله عم في المراه تقول لزوجها جاريتي لك قال
لا يحل له فرجها الا ان يبتعه او تهب له وبرواية الحسن بن علي بن يقطين
قال سالته عن الرجل يحل فرج جاريته قال لا احب ذلك والجواب التحليل
عقد او ملك يمين وليس خارجا والروايه الاولى مع تسليم سندها
لها فمحمولة لا يدل على المطلوب لان قولها لك ليس تحليلا لا يقال الحجه
في قوله الا ان يبتعه او تهب له فمفهومه المراد لا يحل لم يملك الرقبه الا بالبيع
والهبه فانهما ينقلان الرقبه غالبا والا فلو كان المراد نفي التحليل مطلقا
لانتقض بما اذا زوجته اياها والثانيه مقطوعه وتنقدير تسليم انه الامام
فلفظ لا احب لا يدل على التحريم بل هو ظاهر في الكراهه قال الشيخ ووجه
الكراهه تشنيع العامه او عدم شرط حرية الولد وقد نطقت به رواية اسحق
ابن عمار عن الكاظم عليه السلام اذا عرفت ذلك فلا بد من عبارة تدل عليه
واصرح العبارات لفظ التحليل بصيغة الماضي والجعل مع لفظ الحل كاحللتك
او جعلتك في حل من وطيها او تقبيلها او غيرهما ولا استبعاد في استباحة
المقدمات   كالحايض ولم يعد في النهايه واتباعه وابن زهره
لفظ الحل   سعي من التنقل او تحفظا في الفروج واحتياطا وجوز

في المبسوط

٧٣

في المبسوط وابن ادريس ونجم الدين لفظ الاباحة لمشاركتها للتحليل في المعنى
ويجوز اقامة كل من المترادفين مقام الاخر كما ذكر في فن الاصول فيلزم
جواز لفظ العاريه قلنا قد نقل عن بعض وهو غير جيد لعصمة الفرج ولا
بالمحقق ولرواية ابي العباس البقباق عن الصادق عم وقد سئل عن عارية
الفرج فقال حرام ثم مكث قليلا وقال لكن لا باس بان يحل الرجل جاريته
لاخيه واما اذا وهبه الوطء او ملكه اياها او سوغه فالاقرب عدم
الجواز لان الهبة والتمليك بينا ولان الاعيان اما الهبة مقطعا واما التمليك
فغالبا وليس الوطء عينا ولان المتيقن هو التحليل والاباحه ملحقة به فنا
عداهما على اصل عصمة الفرج وفيه نظر عدم صلاحية التسويغ له
ايضا وافتوا في الجمع بين هذه الثلثه اشكال الاختلاف معانيها فان
الهبة لا تستعمل الا في الاعيان وان استعملت في غيرها فمجاز وفي السنه
تقتضي اباحة الفرج واما التمليك فالاكثر استعماله في الاعيان واستعماله
في المنافع نادر ففيه احتمال الاباحه لوجود معناها فيه واما التسويغ
فهو لا يستعمل غالبا الا في المنافع فهو اقوى من الاستباحه به من التمليك
والتمليك اقوى من الهبه ولكن الحق ان كل واحد من هذه لا يصلح محللا لان
العقود متلقاه من الشارع بالتوقيف وما عداها اثبات سببية يجعل الجا
وانه غير جائز ويحتمل ضعيفا الجواز لوجود المعنى المقصود وصحة اقامة
كل من المترادف فين مقام صاحبه كما تقدم وهو مردود بما ذكر رحمه
الله وولد التحليل حر الا ان يشترط المولى ولا قيمة على الا   هذا
الكلام يدل على انه منطوم على مسلتين والبحث هنا عن مسلتين و ولد التحليل حر

عل

مع الاطلاق او مع اشتراط الحرية بمعنى ان اطلاق العقد يقتضي حريته لاطلاق
العقد من حيث هو هو وهو مذهب الاكثر فالمرتضى رحمه الله وابن ادريس
ونجم الدين والمص وغيرهم ابقا الحريه على التغليب والسراية والولد فيكون
لامن اللطيفتين فيغلب جانب الحرية ونقوية اسحق بن عمار في سواله الصادق
ع في المحللة تجي بولد قال يلحق بالحر من ابويه وبحسنة زرارة قال قلت الرجل
يحل جاريته لاخيه قال لا باس قال قلت فانها جاءت بولد قال الضم اليه
ولده ويرد الجارية على صاحبها قلت انه لم ياذن في ذلك قال انه قد اذن
وهو لا يامن ان يكون ذلك وفي المبسوط الولد رق وهو ظاهر النهاية لرواية
ضريس بن عبد الملك عن الصادق ع في المحللة اذا جاءت بولد هو لمولى
الجارية حين احلها ان جاءت بولد فهو حر واجاب المص باذن روايتنا
اكثر واوضح طريقا وهما من المرجحات فعلى القول بالحرية لا قيمة على الاب
وعلى القول بالرقية يلزمه القيمة وهو صريح النهاية والحق بالحرية ولا قيمة
الثانية لو اشترط الحرية فهو حر اجماعا ولا قيمة هنا قطعا الثالثة اذا
اشترط رقيته هل يكون رقيقا بحسب الشرط ام لا فعلى فتوى الشيخ المذكور
يكون الشرط تاكيدا ومفيدا لعموم وجوب الفك على الاب وانسحابه على
القول بان الولد حر باطلاق العقد هل يصح الشرط ام لا المشهور جوازه
لا قاطع حديث وتوقف فيه المحقق ويمكن الاستدلال بعمل
الاصحاب وعلى علم المخالف وعموم المسلمون عند شروطهم
رحمه الله ولو عقد المسلم عليه صح ولها مهر المثل مع الدخول على
راي هنا بحثان الاول اذا عقد المسلم على ما لا يصح تملكه له كالخمر صح
العقد

العقد وهو قول ابن الجنيد والشيخ في المبسوط والخلاف وابن حمزه وابن ادريس
وابن زهره رحمهم الله لوجود المقتضي للصحة وهو الايجاب والقبول
وعدم المانع اذ ليس الا بطلان المهر باصداق الخمر لكن بطلان المهر لا يوثر
في العقد لصحة عرايه عنه بل صحة العقد مع شرط عدمه فلا يكون المهر
ابلغ من اشتراط عدم المهر ولعموم مشروعية النكاح ولان المهر والعقد
غيران فساد احدهما لا يوجب فساد الاخر وقال المفيد والشيخ
في النهاية والقاضي والتقي يبطل العقد لوجوب اقتران الرضي بالعقد
والرضي لم يقع الا على الباطل فما وقع الرضي عليه باطل وما هو صحيح لم يتراضيا
عليه لا يكون مهرا مخصوصا يبقي كون كل ما عدا المذكور هذا فالعدم الرضي
والمذكور الخمر هنا ولانه عقد معاوضه فيفسد بفساد العوض كالبيع
اما الصغري فلقوله ع فانوهن اجورهن ولانه من قوله بكذا وهو معني
المعاوضه والمصنف في المختلف توقف والاقرب الاول وهو اختيار الشيخ
نجم الدين والمص في كثير من كتبه اذا قيل بصحة العقد فما ذا الذي يلزم
بالدخول قال في موضع من المبسوط اذا عقد على الخمر لزم قيمته عند مستحليه
لان القيمه اقرب ما تراضي عليه الزوجان فانهما لما تراضيا على المحرم وقصدا
ذلك فلا احدهما الرضي بخصوصية العين والثاني اعتبار الماليه
لان تقدير الماليه فاذا فقد اعتبار العين بقي اعتبار الماليه في
هنا ممتنع فيلغو كما لغي التعيين وفايدة ذكره قصد العوض وعدم التفويض
وفي الخلاف يكون لها مهر المثل وهو اختيار ابن حمزه وظاهر قول ابن ادريس
لان القيمه هنا لا تسميه الا بطال الشارع اياها فيجب عوض البضع وهو مهر

المثل ورى ما فى الشيخ فى موضع من المبسوط بين الحر والخمر لاستحالة التساوي وجب في الاول مهر المثل وفي الثاني القيمة هكذا نقله عنه بعضهم ثم يلزمه شي وهو ان المص قيد بوجوب مهر المثل بالدخول فمفهوم كلامه انه لا يجب عليه قبل الدخول فعلى هذا لو طلق قبل الدخول او مات احدهما لا شي وفيه كلام وربما قال الشيخ يجب مهر المثل بنفس العقد فعلى هذا يتنصف بالطلاق ويستقر بالموت والدخول قوله رحمه الله ولو تزوج جماعة بمهر واحد قسط على مهر المثل على راي اقول لو عقد على امراتين فصاعدا عقدا واحدا على عين واحدة او مبلغ واحد صح العقد اجماعا لوجود سببه وعدم مانعه وهل يصح المهر الاوجهان نعم لانه معلوم في الجملة وحصة كل واحدة يمكن علمها فيما بعد بالتقسيط في عقد ولا لانه ليس مستحق كل واحدة معلوما عند العقد ولا يلزم من علم الجميع علم نصيب كل واحدة ومنع صحة البيع للمالكين غير المشتركين وهو بثمن واحد كما هو اختيار الشيخ في الخلاف مطلقا لانه كعقدين والثمن غير معلوم بالنسبة الى كل منهما واختاره في المبسوط اذا اختلفت القيمتان والاول اقوى لقوله عليه السلم المهر ما تراضي عليه وهذا يصدق عليه ذلك ولان المسمى في مقابلة النصيبين ولا يلزم من التقسيط اللفظي ومنه يظهر الجواب عن البيع والوجهان حكاهما الشيخ في المبسوط وتقدير القول بصحة المسمى فلا بد من معرفة نصيب كل واحدة بتحصيل ثمن المهر اذ هي موقوفة على التميز او على معرفة المقدار فهل قيد نصيب كل واحدة مثل صاحبتها بالسوية لان ترجيح واحدة على الاخرى خلاف الاصل

اذا الاصل

٤٦

اذ الاصل في قوله لفلان وفلان التساوي فعند الاطلاق يكون لكل واحد نصفه او هنا ان النكاح لا يعتبر فيه قيمة البضع اذ ليس معاوضة محضة وا اختار المحقق انه تقسيط على مهور المثل للعدل ولانه اذا ذكر المهر قصدت المعاوضة فوجب تحصيلها وانما يكون تابعة بقيمة المعاص فيجري مجرى سلعتين او اجرهما او باع وتزوج بمسمى واحد وهو المختار بعد اعلم ان في قولهم قن وجهما بمهر واحد نوع تسامح ولو قيل كما ذكرنا كان اولى اذ ليس مهرا واحدا قوله رحمه الله ولا يلزم ما يسميه للاب غير المهر او منه على راي اقول اذا سمى لها شيئا وسمى لابيها او لاجنبي شيئا احترازا عن مسماها لم يلزم الدفع اليه لان التسمية تسبب البضع ولرواية الوشا عن الرضى عم انه سمعه يقول ان رجلا تزوج وجعل مهرها عشرين الفا وجعل لابيها عشرة الاف كان المهر جائزا والذي جعل لابيها فاسدا اما لو سمى لابيها ما يدفعه وشرطا ان يدفع اليها منها عشرة فقد جوزه ابو علي بن الجنيد لان الماية عوض البضع والمعطي من مالها فليس مخالفا للسنة والمشهور ايضا كما ذكر في الاول وفيه نظر لان هذا ليس سابغ قوله رحمه الله ولو بان الخل خمرا فالوجه ان لها مثل الخل العبد حرا قوله اذا عقد على هذا الظرف على انه اي في زعمهما انه خل فبان انه خمر او على هذا الشخص المعين على انه عبد فبان حر وبالجملة عقدا على ما يظنه صلاحيته للمهر وبان عدمها فهل يغلب الكلي والجزئي الشخصي يحتمل الاول لان قصد الجزئي يستلزم قصد الكلي وهو نفسه

فاذا تعذر الجزئي انتقل الى الكلي المقصود ويحتمل الثاني لان المقصود بالذات هو الجزئي المشخص والكلي بالتبعية وقد عدم الجزئي فيعدم الكلي فعلى الاول يكون لها مثل الخل وهو قول ابن الجنيد وابن ادريس وجعله المحقق حسنا وعلى الثاني فيه وجهان احدهما انه يلزم قيمة الخمر عند مستحليه لان قيمة الشيء اقرب اليه عند تعذره وهو فتوى المبسوط والخلاف والثاني انه يلزم مهر المثل لبطلان الكلي بتعليقه بالشخصي وبطلان المشخص بخروجه عن المالية وقول المص في بعض كتبه لبعض القوم قوله رحمه الله هنا والوجه اشارة الى ان هناك غيره وهو اعم من ان يكون قولا او وجها انما كان ذكر الوجه هو المختار لان المشخص اذا امتنع تعلق الغرض بها كانت لا عينه شرعا فلما عقدا عليه على انه قد وقع تراضيهما على خل بقدره فان تعذرت العين لاستحقه لزمه مثلها وهو اقوى الوجوه عنده في المختلف قوله رحمه الله ولها الامتناع من الدخول قبل وان كان معسرا الا بعد الدخول على راي قول هذه المسئلة تنكشف بمقدمات نكاح معاوضة محضة او شبيهها وقد تقدم ما يصلح ان يكون دليلا معاوضة المحضة لكل من المتعاوضين الامتناع من التسليم حتى اليه الاخر موسرا كان او معسرا لتحصيل فائدة التعويض فيجبرهما الحاكم التقابض معا لعدم الاولوية فلا حقا ان النكاح كذلك ان انه لا امتناع بعد قبض احدهما باذن صاحبه لا تزحزح الامساك زال بالدفع واستقر الملك للقابض فلا يستعاد منه او تمنع ان الوطي في النكاح

النكاح هو القبض اذ البضع لا يدخل تحت اليد ولو كانت امة ولهذا لا يجب عليه عوض البضع بالغصب اذا لم يطا بشروط ويحتمل هنا ان الوطي ليس قبضا تاما القبض المبيع لما ذكر من عدم دخول منافع البضع تحت اليد بخلاف المبيع فانه داخل تحت اليد قطعا ان المهر تحت جميعه بالعقد وهو اشهر الروايتين ويستقر بالدخول او بموته وهو اجماع انه ليس في مقابلة باقي الوطيات مهر في الاول للاجماع على وجوب جميعه ولو تفرقا بعد وطيه فيحتمل ذلك لان المعقود عليه البضع لينتفع به في اي وقت كان ولا يلزم من استقرار العوض بانتفاع ما خروج الباقي عن المعاوضة هل القبض كرها كالموطوء طوعا يحتمل ذلك لانتقال الضمان باليد ويحتمل عدمه لتحريمه اذ المقبوض عند السلطنة عليه فلا يترتب عليه اثر الصحيح والضمان عقوبة كالغصب فنقول من قال بالاولى والثانية والثالثة ويأتي بالرابعة اوماء الى السادسة اطلق القول بالامتناع حتى تقبض المهر سواء كان قبل الدخول او بعده وهو الشيخ في النهاية وابن البراج وصرح في المبسوط بجواز امتناعها بعد الدخول ومن سلم الثلث الاول وقال باول الرابعة او بالسادسة حكم بان لها الامتناع قبله لا بعده والشيخ في الخلاف والتقي والفاضل والمحقق ومن سلم هنا كعماد الدين وابن حمزة بلزوم تسليمها نفسها ان لم يكرهها ومع الاكراه الامتناع ولا يخلو قوله من قوة واعلم ان الشيخ نجم الدين والمص يفرقان بين الموسر والمعسر ويلوح من كلام ابن ادريس الفرق وانه لا امتناع في المعسر لانه لا تحل مطالبته ما دام

معسرًا او وجها او الحاقه بالمعاوضه ويتفرع على ذلك وجوب النفقه مع الامتناع
مع اليسار يجب النفقه اذا بذلت التمكين بشرط المهر بخلاف مع الاعسار
ولا اثم على الاول وعلى الثاني يأثم ومع اليسار يأثم الزوج بالمنع من المهر اجماعا
قوله رحمه الله في التفويض ولو زوجها الولي بدون مهر المثل او
مفوضه فالاقرب الصحه مع المصلحه والا مهر المثل قوله هنا مسئلتان
الاولى اذا زوج الولي الاجباري كالاب والجد المولى عليها بدون مهر
مثلها فالوجه صحة العقد لعدم مدخلية المهر في صحة النكاح وفيما
ثم هل يلزم المسمى او لا قال الشيخ في الخلاف والمبسوط يلزم لانه ولي من
العقود وهو جائز للذي بيده عقده النكاح واختاره المحقق والمص
هنا ان كان لها مصلحه بان كان هذا الزوج بهذا القدر اكمل واصلح من غيره
باضعاف وفيه صلاحه نقصان المهر وليس نوع المصلحه منحصرا في هذا
الشخص بل انه كانت مثل اضطرارها الى الازواج خوف الوقوع في العار
ولم يوجد الا هذا بهذا القدر او غير ذلك وحكي في المبسوط بطلان المسمى
لانه في الاملاك والمنافع بيع بثمن المثل فكذا في البضع وهو ضعيف للفرق
بان النكاح في الاصح ليس معاوضه والمذكور الثانيه
لو زوجها مفوضة البضع والمهر صح ايضا واختيار
نجم الدين لغير ما ذكر وفي موضع من المبسوط لا يجوز للوارث التفويض
لانه ليس باحتياط تام لجواز الموت فلا يعني بالتفويض البضع ولا
في غيره في قول بخلاف ما اذا سمي ولانه تصرف في حق المولى عليه فلا يصح
بدون عوض المثل كالبيع بدون ثمن المثل وفي حكي جوازه وهو الاصح
قوله

قوله ولو مات الحاكم قبله فلها المتعه على راي اقول قوله الحاكم تنبيه على ان
الخلاف في مفوضة المهر لان مفوضة البضع لا حاكم معين فيها فلا خلاف
على ما علمته في انه اذا مات احدهما في مفوضة البضع انه لا شيء لرضاها
بغير مهر ولصحيح الحلبي عن الصادق عم في المتوفى عنها زوجها قبل الدخول
ان كان فرض لها مهرا فلها وان لم يكن فرض مهر لها او بما الخلاف في مفوضة
المهر وللنصراني لها المتعه لعدم جواز اخلاء النكاح من مهر ومهر
المثل يتبع الدخول ولم يحصل ولا مسمى فيجب المتعه اذ لا رابع والنص
هو صحيح محمد بن مسلم عن الباقر عم قال في رجل تزوج امراه على حكمها او
حكمه فمات او ماتت قبل دخوله بها لها المتعه والميراث ولا مهر لها
واختاره في النهايه والقاضي وابن حمزه وهو ظاهر اختياره في الخلاف
وحكي في المبسوط لزوم مهر المثل وعدم المهر وهو دال على
سقوط المتعه لصدق نفي المهر وثبوت المتعه وهو منطوق الروايه
وخرج ابن ادريس حرمانها اصلا ان كان الحاكم هي وماتت وحكم الزوج
ان كان هو الحاكم وماتت الحاقا بالموت بالطلاق قياسا ومهر المثل
يتبع الدخول والتحقيق ان نقول ان صور الموت خمس موتها جميعا فوت
الزوج الحاكم وحده موت الزوجه الحاكمه وحدها موت الزوج
المحكوم عليه وحده موت الزوجه المحكوم بها تحسبه اقول
المقتضي لسقوط المهر اصلا او الرجوع الى ان يكون
تعذر الحاكم او تعذر المحكوم عليه او تعذرهما معا فالاربع واحد محتمل
ولا سبيل الى واحد منها فلا مقتضي اما ان لا سبيل الى الاول تعذر الحاكم

مضر ولان المهر قد يكون غايته انه مجهول فاذا تعذرت معرفته وجب
الرجوع الى مهر المثل ومنه يظهر عدم صلاحية القسمين الاخرين لاقتضا
الحكم المذكور لا كمن النص صحيح الا انه ليس بصريح في جميع الصور بل
دل على انه اذا مات احدهما قبل ان يدخل بها فلها المتعه وهو وان شمل
جميع الصور الا انه لا يدل عليها بالنصوصيه فيمكن حمله على ما اذا مات
الحاكم ومن ثم فرضوا المسالة في موت الحاكم وكذا فرضه نجم الدين
وهو ثلث صور واما الصورتان الاخريان وهما موت الحاكم عليه
فلم لا يحكم للباقي وهو الحاكم اذ لا يشترط حضور المحكوم عليه عند
الحاكم ولكن مع صحة النص جاز ان يكون الموت سببا في انتفا الحكم بل في
الاسقاط والبحث معرفة الحكم فيه وبالجمله القول بالسقوط اصلا ضعيف
واقوى منه المتعه وهي اقوى من مهر المثل نظرا الى النص قوله رحمه
الله ولا يستقر بالخلوه على راي اقول المهر يملك بنفس العقد باجمعه في المشهور
لعدم التفصيل في قوله تع واتوا النسا صدقاتهن نحله ولانها لو ملكت تما
كل الصداق بنفس العقد وجب ان تملك الصداق به والمقدم حق فالتالي
مثله والملازمه ظاهره لان ملك النما يتبع ملك الاصل وبيان حقيقة المقدم
موثقة عبيد بن زراره عن الصادق ع في رجل تزوج بسائر زوجات وخلف غنما
ورقيقا فولدت عندها وطلقها قبل ان يدخل بها قال فله
نصفها ونصف ولدها وان كن حملت عندها فلا شي له
وقال ابو علي يملك بالعقد النصف وبالدخول الكل لروايه يونس بن يعقوب
عن الصادق ع انه قال لا يوجب المهر الا الوقاع في الفرج والجواب حمل
الوجوب

الوجوب على الاستقرار جمعا اذ الظهر ذلك كان ملكه متزلزلا حتى يحصل
احد امور اربعه ردة الزوج عن فطره او موته في المشهور في الفتاوي
وافتى الصدوق في المقنع بانه اذا مات الزوج فلها نصف المهر لصحيح
محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام في الرجل يموت وتحته امراه
لم يدخل بها قال لها نصف المهر ولها الميراث كاملا وعليها العده
كامله والجواب المعارضه بصحيح منصور بن حازم عن الصادق ع
انه ساله عن الرجل يتزوج المراه فيموت عنها قبل ان يدخل بها قال لها
صداقها كاملا وترثه وتعتد اربعة اشهر وعشرا او الترجيح معنا
للاعتضاد بفتوى الاصحاب وبالدليل الموجب للمهر بالعقد ويستقر جميعه
ايضا بموت الزوجه في المشهور والمخالف هنا الشيخ والقاضي في
الكامل وربما حمل كلامهما على انه اذا لم يكن للزوجه ولد او بالوطي اجماعا
واما الخلوه فالظاهر من قول الكل انها لا توجب المهر في نفس الامر والصدوق
رحمه الله وان كذبهما في عدم الدخول بعدها فلم يصرح بانها تملكه
في نفس الامر وهل يوجبه في الظاهر الروايات كذلك فمنها رواية زراره
ان الباقر ع قال اذا تزوج وخلا بها واغلق عليها بابا او ارخى سترا ثم
طلقها فقد وجب الصداق وخلاؤه بها دخول باطل لانه يدل على وجوبه
في نفس الامر وقريب من معناها رواية عن ان عليا ع
قال من اغلق من الرجال على اهله بابا او عليه الصداق وفي
سببها رواية ابي بصير عن الصادق ع قال سالته عن الرجل يتزوج المراه
فيرخي عليه الستر ويغلق الباب ثم يطلقها فقيل للمراه هل اتاك فيقول ما اتاني

ويسأل هو هل اتيتها فيقول لم اتها ويقول لا بل صدق فان لانها تريد ان تدفع
العدة وهو يريد ان يدفع المهر وحملها الشيخ على تهمة الزوجين ولكن
تعارض هذه بنحو ما رواه يونس بن يعقوب عن الصادق عم انه سأله
عن رجل تزوج امرأة فاغلق الباب وارخى الستر وقبل ولمس من غير
ان يكون وصل اليها بعد ثم طلقها على تلك الحال قال ليس عليه الا النصف
المهر وفي قوله عم انه سأله انما الحال الواجب في نفس الامر هو النصف
لان السائل حكى انه لم يصل اليها وكان محمد بن ابي عمير من القدماء الجليل
القدر يفتي انه على الحاكم ان يحكم بالظاهر ويلزم الزوج بالجميع اذا خلا
واما المرأة فلا يحل لها فيما بينها وبين الله تع الا النصف المهر وتابعه الشيخ
واتباع الشيخ وعبارتهم لا يفيد زيادة عن هذا القدر واما فتوى
الصدوق فتعويل على تلك الرواية وابو علي نظر الى ظاهر قوله تع من قبل
ان تمسوهن والمس حقيقة في مطلقه ومجاز في الوطء فجعل الوطء العوم
وانزال الماء والنظر والقبلة اسبابا في ايجاب المهر ظاهرا الا باطنا والخلوة
سببا وقد الم هنا بقياس ما والمصنف في المختلف قريب من قول الشيخ
حيث قدم قول الزوجة بيمينها ترجيحا للظاهر للمظنة
مقام اليقين وكان مراد الشيخ هذا وان لم يصرح باليمين
من ثلاثة اشياء احدها في تقديم الزوجة وهو موضع
الظاهر والاصل وثانيها في ان غير الوطء من الاستمتاعات
موجب ولم يقل به ابن الجنيد وثالثها انه مع التصديق بعدم الدخول
يجب المهر ولم يقل به الا الصدوق وقول ابن الجنيد ضعيف لمخالفته الروايات

الاية

الاية ليست صريحة في دعواه والاجماع على عدم اعتبار ما ذكره وتمكن حمل
كلام الصدوق على انها اذا عادت وادعت المهر بعد قولها فيكون
رجوعا الى المشهور فانه لم يصرح بما ينفيه فحينئذ المختصر شرح فتوى الاصحاب
بين شيئين تقديم قوله بيمينه او قولها بيمينها ولا حاجة الى تكثير
الخلوة الخالية عن مانع شرعي وحسي بشرط اليمين ويدخل في المانع
الشرعي ان يدعي الوطء قبلا وتكذبها البينة بالبكارة وقد نبه عليه
ابن ادريس في فتاويه قوله طاب ثراه ولو شرط عدم اخراجها من بلدها
لزم على راي اقول من جملة الشروط السابقة اللازمة عنده الاشتراط ان
يشترط على زوجها انها لا تخرج من بلدها وهو النص عن الصادق عم
في صحيح ابي العباس في قوله عم تفي لها بذلك او يلزم ذلك ولعموم
المسلمون عند شروطهم قال ابن ادريس انه شرط مخالف للكتاب والسنة
لوجوب طاعة الزوج عليها لمقتضى النكاح فيجب الخروج عند امره
وهذا الاصل معلوم فلا يعارضه المظنون عند الشيخ والباطل عندي
وجوابه ان اراد وجوب الخروج مطلقا فهو ممنوع اذ ليس النزاع الا
فيه وان اراد وجوب الخروج الا مع الشرط لم ينفعه فظهر ان الاصل
غير معلوم اذ لم يخرج مخالفته مع اشتراط عدمها فالشيخ
والمبسوط ابطل شرط ان لا يسافر بها وليس صريحا في
السفر ربما اطلق على المستمر او الغالب والاخراج عن
غير صدق في النفي ولزوم الشرط فتوى النهاية والقاضي وابن حمزة
والمص في المختلف قوله رحمه الله او في الموافقة على راي اقول يريد انه

بقدم قول الزوج اذا ادعت الزوجية المواقعة وانكر للاصل ولعموم البينة
على المدعي واليمين على من انكر وخالف فيه الصدوق والشيخ واتباعه
وقد تقدم قوله رحمه الله اذا اقامت بينة بالعقد مرتين فادعى
التكرار قدم قول المراة مع اليمين ويلزم في اليمين الاخير مهران على راي
ومهر ونصف على راي قوله اذا اختلفا لذ وجاءت المنفقان على وقوع
عقدي نكاح في وقتين ولو باقامة البينة على العقدين بان ادعى
الزوج التكرار المحض وادعت المراة انه عقد نكاح شرعي لم يفتقر
الى ذكر سبب الفرقة في الاول لامتناع وجود المشروط مع عدم الشرط
فالدعوى تاتي عليه لانها لا تتم الا به تكرر قول المراة عملا بالحقيقة الشرعية
فان العقد حقيقة شرعية في السبب المبيح للبضع واستعماله في الايجاب
والقبول المجرد من مجاز مستعار لتسمية الصورة المنقوشة فرسا ومن
لم يحكم على المشتري بالاعتراف لملكية البايع لو انكرها حتى يبطلت
البيع اعترافه له بالملكية في الفوري ولا يفتقر ايضا الى دعوى الاصابة
لوجوب المهر بنفس العقد على ما تقدم فح نقول يلزم الزوج مهران
ما لم يدع الطلاق في الاول قبل وادعاه ففي سماعه نظر
تاشى من دعوى التكرار دعواه وهو قول الشيخ في المبسوط
ونجم الدين والمص ثم قوى فيه انه يلزمه مهر ونصف
الدين والد المصنف رحمهما الله لان الفرقة محققة
والاصل عدمه والمختار انه ان انكر الاصابة في زمان النكاح
الاول حلف ولزمه مهر ونصف وان وافق على الاصابة في ذلك الزمان فمهران
قطعا

قابلها عشار بن شريح وكذا الوكيل في الشرا لا يشتري من نفسه لما ذكرناه ولما
رواه هشام بن الحكم عن ابي عبد الله عم قال اذا قال لك الرجل اشتر لي فلا
تعطه من عندك وان كان الذي عندك خيرا منه ومثله رواية اسحق عمار
انا عرضنا الامانة الاية ومنه نظهر المنع في البيع قوله رحمه الله ووكيل
الشرا يملك تسليم الثمن وقبض المبيع لا قبض الثمن قوله يريد بذلك ان
الوكيل في شرا عين يجوز له ان يسلم الثمن لانه قد اذن البايع لكن لا يسلم
المبيع كما انه لو وكله في بيع لا يسلم الثمن لانه قد تسامح على البيع والشرا
من لا يسامح على قبض المبيع والثمن ولا يرد بانهم حكموا بانه لا يجوز ان
يسلم المبيع حتى يتسلم الثمن ولا الثمن حتى يتسلم المبيع لان ذلك محمول
على من هو وكيل فيهما معا لا في المطلق ولو سلم فللوكيل ان يمنع حتى يدفع
الغريم المبيع او الثمن الى موكله والمصنف في هذه المسألة لوح بالرد على بعض
العامة حيث جوز قبض المبيع لقضية الفرق مع انه منع من قبض الثمن
لانه لم يؤذن فيه فيتوجه سؤال الفرق قوله رحمه الله وقول الموكل في الرد
وان لم يكن بجعل على راي قوله هذا مذهب ابن ادريس وشيخنا نجم الدين
في الشرايع لاصالة عدم الرد ولان الوكيل مدع والبينة على المدعي
والمالك منكر واليمين على من انكر ولانه في معنى الوصي اذ اقتصر في الاشهاد
في قوله تع فاشهدوا عليهم فلو كان قوله مقبولا لاستغنى عنه وفيه نظر
لان فايدته ازالة التهمة ودفع اليمين وذهب الشيخ واتباعه ونجم
الدين في النافع الى ان القول قول الوكيل ان كان بغير جعل لانه امين ادعى
ماله ان يفعله ولانه قبض المال لمنفعة غيره فجرى مجرى المودع والا فالقول

قود الموكل لان قبض الوكيل لمصلحته فجرى مجرى المرتهن والمستعير قوله رحمه
الله وفي قدر الثمن المشتري به على راي اقول هذا اختيار نجم الدين والمص
لان الموكل غارم ولاصالة عدم الزيادة وذهب الشيخ في المبسوط الى ان
القول قول الوكيل لانه امين وفعل منه كدعوى التلف فيحتمل العمل بالاول وان
كان الشراء في الذمة وبالثاني ان ذكره في القواعد وتفاوت في التحرير
ووجهه تقديم الغارم منهما قوله رحمه الله ولو انكر وكالة التزويج
حلف والزم بالمهر وقيل بالنصف وقيل بالبطلان ويجب على الموكل الطلاق
مع ذلك ودفع نصف المهر اقول اما الاول وهو الزام الوكيل بالمهر فهو
مذهب الشيخ في النهاية والقاضي والكيدري ونجم الدين وخير الشيخ له
التي فيه واوجب على الموكل الطلاق مع التوكيل لان المهر ثابت بالعقد
ولا ينتصف بالطلاق واما الثاني وهو الزامه بنصف المهر فهو مذهب
الشيخ في المبسوط وابن ادريس لما رواه عمر بن حنظلة عن الصادق عم في رجل
قال لآخر اخطب لي فلانة الى ان قال فلما رجع اليه انكر ذلك كله قال يغرم
لها نصف الصداق وذكر انه هو الذي ضيع حقها يعني بعدم الاشهاد
على وكالة الزوج ليضمن الوكالة انه لم يشهد عليه ولانه فسخ قبل
الدخول فيجب معه نصف المهر كالطلاق واما الثالث وهو القول
بالبطلان اي بطلان النكاح ولا مهر على الوكيل ووجوب طلاقها
على الموكل ودفع النصف فهو شيء نقله نجم الدين واطلق نقله ونقله
شيخنا المصنف في المختلف عن بعض علمائنا ولم اظفر بقائله قال وهو جيد
لان صحة انكار الموكل الوكالة تقتضي دفع العقد ظاهرا وثبوت المهر يتوقف

على لزوم

٧٣

على لزوم العقد ولان المهر انما يلزم الزوج لانه عوض البضع ولان الوكيل
ليس بزوج انما يحسن طلاقها على الزوج لئلا يتزوج بغيره وهي في عقده
وفي الرواية يحل لها ان تتزوج ولا يحل للاول فيما بينه وبين الله الا ان
يطلقها لان الله تع يقول فامساك بمعروف او تسريح باحسان وان لم يفعل فانه مأثوم
فيما بينه وبين الله عز وجل قوله في كتاب الاجارة ولو ارادا المحمول فان كان المعتبر
الموخر فلا ضمان وعليه الرد وان كان المستاجر ضمن الاجرة ونصف الدابة ويحتمل
الجميع اقول واما احتمال ضمان النصف فلانها تلفت من فعلين احدهما ماذون فيه
وهو غير مضمون والآخر غيره فيكون مضمونا عليه ولا ينظر الى القدر كالجراح
واما احتمال الجميع فلانه متعد في العقد ولان سببه موجب الضمان جميع
الدابة فيما لو حملها فكذا هنا لانه عاد ويحتمل ان يقال يضمن بالنسبة
لان التلف مستند الى الحمل ولا ترجيح لجزء باستناد الضمان فنسبة
الضمان الى كل واحد فلو ضمن فالاقل مثل الاكثر او بالعكس كان الزائد في
لنا قص متساويان وانه محال فيسقط ضمان الماذون فيه ويضمن الآخر
بقسطه وفرق بعض العامة وبين الجراحات لعدم انضباطها نكايتها بخلاف
المحمول قوله رحمه الله ولو قال آجرتك كل شهر بكذا بطلت على راي
وصح في شهر على راي اقول القائل بالبطلان هو ابن ادريس لتحمل المنفعة
ضرورة عدم علمها الا بالمدة ولم يحصل وقواه المصنف في المختلف والتحرير والقواعد
والقائل بالصحة هو المصنف رحمه الله وللشيخ في النهاية وظاهر مذهبه
في المبسوط والخلاف ومذهب نجم الدين والمص في القواعد لان الشهر معين
واجرته معينة اذا التقدير آجرتك هذا الشهر بدرهم وكذا ما بعده فيبطل

فيما بعده لتجهل المشبه ويصح فيه وانما حكي القولين بعد التكافؤ بينهما في نظره وقدم الاول لظهور
حجته ولهذا اختاره المصنف في الكتابين المذكورين قوله رحمه الله ولو قال ان خطته
فارسيا فدرهم وان خطته روميا فدرهمان وان عملته اليوم فدرهم وغدا فدرهمان
صح على اشكال اقول منشا الاشكال فيهما واحد وهو عقد على كل من الفعلين
باجرة معلومة فيصح اذ الواقع لا يخلو عنهما ولاصالة الجواز ولدخوله
في شروط المؤمنين ولانه كالدابة المستاجرة الى مكان في زمان باجرة
وبغيرها باجرة على ما به من الخلاف قلت وفي رواية محمد عن ابي جعفر ع
في الرجل يكتري الدابة فيقول اكتريتها منك الى مكان كذا وكذا فان
جاوزته فكذا وكذا زيادة وسمى قال لا باس به كله وصورة الشارع
يوافقها محض طريق الحكم ومن انه بالترديد فيه لم يعلم كل منهما ما وجب له وعليه
فيؤدي الى الغرر فيبطل وبجريانه مجرى البيع بثمنين نقدا ونسيئة والاول
مذهب الشيخ في ط والخلاف في الفارسي والرومي وفسر الرومي بالدرزين
والفارسي بالدرز الواحد والخلاف في الاخر ايضا وافتى المبسوط فقال
فيه له المسمى ان خاطه في يومه واجرة المثل ان خاطه في غده ما لم يرد
عن مسمى اليوم او ينقص عن مسمى الغد وهو بعيد والشيخ نجم الدين
جعل الثانية فرعا على الاولى واختار مختار الخلاف والثاني مذهب
ابن ادريس وللمصنف في المختلف بان الجعالة تفتقر الى تعيين الجعل ايضا
فيبطل ايضا ويشكل بما انه معلوم على كل من التقديرين غايته الجهل
بالواقع من العمل وذلك لا يخرج الجعالة عن الصحة فان مناطها الجهل في
العمل قوله رحمه الله الرابع العلم بالاجرة اما بالكيل او الوزن ويكفي المشاهدة

فيهما ع



